DE

REMEDIO
EX L. VLT. C. DE EDICTO D.HADRIANI TOLLENDO

AVCTORITATE ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS

IN ACADEMIA GEORGIA AVGVSTA

PRO CONSEQVENDIS SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS

DISPVTAT

IOHANNES PETRVS DE SPREKELSEN

HAMBVRGENSIS.

DIE VI. IVNII A. CIↃCIↃCCXXXXVIIII.

GOTTINGAE

TYPIS IO. CHRIST. LVD. SCHVLTZII, ACAD. TYPOGR.

6

Digitized by Google

Digitized by Google

VIRIS

PERILLVSTRIBVS, MAGNIFICIS, AMPLISSIMIS,

PRAENOBILISSIMIS,

CONSVLIBVS, SYNDICIS, SENATORIBVS,

PROTONOTARIO, SECRETARIIS, ARCHIVARIO

REIPVBLICAE HAMBVRGENSIS PRIMORIBVS,

DOMINIS GRATIOSISSIMIS,

S. P. D.

IOHANNES PETRVS DE SPREKELSEN.

Quemadmodum ita ſemper ſtudiorum meorum rationes compoſui, vt ea aliquando patriae & VOBIS, PATRIAE PATRIBVS probare

 poſſem

Digitized by Google

poſſem, ita etiam nunc, emenſo curriculo academico, rationem abſentiae & collocatae in addiſcendo iure operae redditurus, VOS, VIRI PERILLVSTRES adeo, & hoc ingenii, VOBIS dedititiſſimi, ſpecimen ea, qua debeo, obſeruantia & pietate, VOBIS offero. Licet enim vix ſperare audeam, omnia in diſſertatione mea ita eſſe comparata, vt VESTRA mereantur ſuffragia, tot tamen & tanta indulgentiae & humanitatis VESTRAE habeo pignora, vt, ſi modo, quod tamen confido, aliqualis in ea doctrinae & iuris peritiae exſtet ſignificatio, de iudicio VESTRO ſecurus eſſe poſſim. Quae mihi autem

in

in iis adhuc deficiunt, quae non tam in vmbris ſcholarum ventilantur, quam ex ipſo rerum vſu haurienda ſunt, ea mox a VOBIS & ex VESTRO, quo quotidie ciuibus oracula funditis, ore, percipere, ſupplere & exornare iuuabit. Gaudeo, propius iam eſſe illud tempus, quo mihi in patriam reduci, VOS coram venerari, & egregia VESTRA in Rempublicam merita cominus perſpicere, admirari, & quantum dabitur, imitari licebit. Interea ex animo precor, vt ſapientiſſimis VESTRIS conſiliis fauſtus ſemper reſpondeat euentus, & dulciſſima patria VESTRIS ſub auſpiciis amplitudine ea, qua floret, non modo

feliciter fruatur, ſed & laetiora in dies capiat incrementa. Cuius ſalute quum etiam veſtram contineri felicitatem noui; ita VOS illa quam diutiſſime gaudere & perfrui cupio ac opto. Me vero meumque libellum VOBIS & VESTRO fauori voueo atque commendo. Valete. Dabam in academia Georgia Auguſta die IIII. Iunii MDCCXXXXVIIII.

Digitized by Google

VIRO PRAENOBILISSIMO

SVPREMORVM IN IVRE HONORVM

CANDIDATO DIGNISSIMO

IO. PETR. DE SPREKELSEN

S. P. D.

GEORGIVS LVDOVICVS BOEHMER.

Non ſine inſigni animi voluptate tempus recolo, quo ab egregio, quo mihi primum ante biennium in itinere ad academiam patriam innotuiſti, indefeſſi iurisprudentiae meliorumque diſciplinarum cultoris encomio, ineundae Tecum amicitiae auſpicium facere contigit. Quam Tibi tunc in Fridericiana paraueras doctrinae laudem, hanc, noſtras factus, iſtis praeclaris animi Tui dotibus, elegantiorum literarum cultura, ſtu-

diorum-

Digitized by Google

diorumque aſſiduitate tuitus es. Inde Tecum mihi iucundiſſima contigit conſuetudo, tuis ſtudiis non minus culta, quam hoſpitii rationibus firmata; quae ipſa mihi eius induſtriae iure denunciaret teſtimonium, quam in omnibus iurisprudentiae partibus capeſſendis cum laude collocaſti, niſi & ipſe eam docto cultioris iurisprudentiae ſpecimine publice probaſſes. Patere itaque, vt hoc Tibi gratulaturus, eam potius voluptatem ſignificem, qua fruor, cum brabeum Tibi ex Ordinis noſtri decreto conferendi honore defungor, Tibique, Digniſſime Candidate, hoc diligentiae Tuae debitum huncque honeſtiſſimum ſtudiorum fructum ex animo applaudo, Teque ad maiora adhuc adſpirantem votis proſequor, Deum precatus, vt Te ad ſuprema Imperii dicaſteria & celebriores Germaniae ciuitates iter parantem ſaluum ſoſpitemque ſeruet, iisque commodis Te diu frui iubeat, quae expectari a ſtudiis Tuis poſſunt. Dabam in Georgia Auguſta a. d. IV. Iun. cIↄIↄccxxxxix.

PRAE

Digitized by Google

PRAENOBILISSIMO, CLARISSIMO, DOCTISSIMO

CANDIDATO

FAVTORI ET AMICO AESTVMATISSIMO

S. P. D.

BECMANNI.

IVRIS VTRIVSQVE DOCTORES ET PHILOSOPHIAE MAGISTRI.

Ad duo ſumma capita in iuris Romani ſcitis rite tradendis tota res redire non ſine ratione cordatioribus videtur; nimirum, vt ante omnia genuinus legis ſenſus eruatur, ſuaque donetur luce; atque tum vſus eius in foris noſtris, quem, vtrum pragmaticum an modernum vocare libuerit, parum intereſt, non nude adſeratur, vel negetur, ſed ex ſuis rite deducatur principiis. Duo igitnr extrema maximo cauenda ſunt opere iuris ſtudioſo. alterum, ne vni interpretationi legum Romanarum ſe totum conſecret; alterum, ne legibus Romanis ne limis quidem oculis adſpectis in vſu forenſi addiſcendo operam ſuam, quanta quanta eſt, collocet. Prius vitium illis ſollemne eſt, qui ſolis Romanorum antiquitatibus ſtudent, quaſi ex LL. XII. Tab. vel edicto

Digitized by Google

edicto perpetuo omne ius dicturi; ſicuti poſterius iis familiare deprehenditur, qui, quae προς τα ἀλφιτα *tantum quaerentes, omnia faſtidiunt, quibus non ſollemne illud:* hodie, *ſiue*, in Germania *in fronte inſcriptum mirari datur.* TVA, *ergo* TE *merita laus manet*, VIR DOCTISSIME, *qui ita in iuris Romani ſtudio es verſatus, vt vtrumque hunc ſcopulum Scyllam inter & charybdim quaſi media incedendo via felix praeternauigaueris. Teſtimonium huius rei ipſe edis luculentiſſimum diſſertationem inauguralem* TVAM *ita conſcriptam, vt inde cuilibet aequo rerum aeſtumatori liquidum fiat,* TE *non minus in antiquis fabulis ediſcendis deſudaſſe, quam in ſolo vſu moderno memoriae mandando tempus inutiliter triuiſſe. Gratulamur hinc arti noſtrae de incrementis, quae* TIBI *iam iam fert, & olim largiſſima feret accepta; gratulamur nobis, quibus te Halae ſtudiorum cauſſa commorante & auditore diligentiſſimo & amico optimo vti contigit; gratulamur denique* TIBI, *quos illuſtris ICtorum ordo decreuit conferendos honores iam dudum meritos, eosque gradum proximum ad multo eminentiores fore non tam ſperamus, quam freti egregia* TVA *virtute confidimus.*

Vale. Faue. Dab. e muſeo Goetting. d. 4. Iunii 1749.

Digitized by Google

DISSERTATIO

DE REMEDIO EX L. VLT. C. DE EDICTO D. HADRIANI TOLLENDO.

CAPVT. I.
DE OCCASIONE ET FATIS EDICTI D. HADRIANI.

§. I.
INSTITVTI RATIO.

Ex quo tempore legitimae ſcientiae operam dare coepi, id vnice agere ſtudui, vt priſcae Quiritium reipublicae effigiem cum forma fori hodierni coniungerem, & ne quid iuris antiqui & recentioris penitus ignorarem. Quemadmodum enim non niſi otioſi & Graeculi hominis eſt, in antiquis ſubſiſtere & iis vnice immorari, atque ille etiam quiduis potius

Digitized by Google

quam iureconſultus dicendus videtur, qui nil niſi praxin hodiernam & mores forenſes crepat; ſic e contrario illi ſapiunt, & mecum faciunt, & Ioue iudicant aequo, qui antiqua inueſtigant, vt recentioribus inde lumen accendere & ita ad vſum rerum transferre poſſint. Quum itaque mihi iam aliquid in medium proferendum eſſet, quo decretos a florentiſſimo ICtorum huius academiae ordine doctoris iuris honores rite petiiſſe & merito meo conſequutum eſſe teſtarer & illuſtris G. L. BOEHMERVS, quem praeceptorem, hoſpitem & fautorem ſuſpicio, diligo, veneror, auctor mihi fieret, vt in explicando remedio ex *l. fin. C. de Edicto D. Hadr. tollendo* ingenii vires exercerem, eo libentius eius ſequutus ſum conſilium, quum animaduerterem multa ex iurisprudentia ante-Iuſtinianea ad originem illius illuſtrandam eſſe repetenda & nihilominus vſum eiusdem in foro ſupereſſe vberrimum. Et licet quidem iam alii remedio huic operam nauauerint, (*a*) non arbitror tamen, eos adeo totum occupaſſe fundum

(*a*) Inter quos nouiſſimus quod ego quidem ſcio, eſt illuſt. LEYSERVS qui in *Medit. ad Pandectas ſpec. D.* & alibi paſſim multa pro more ipſius praeclare de remedio hocce meditatus eſt, non tamen omnia ita exhauſit, vt eum ſubſequentibus non ſpicilegium ſatis amplum relinqueret. Ex antiquioribus copioſe de hoc argumento egerunt MENOCHIVS *de adquirenda poſſeſſione* & ARGELVS DE PALTRONIBVS qui pro

fundum, vt mihi vel altius tollenti, vel contra priorem formam aliquid paranti, nouum opus nunciandum ſit. Sed miſſis verbis in rem potius veniamus praeſentem & quum edictum D. Hadriani occaſione legis de *viceſima* latum fuiſſe dicatur, (*b*) de hac poſt alios nonnulla, quae ad inſtitutum noſtrum faciunt, delibemus.

§. II.

DE VICESIMA PER LEGEM IVLIAM INTRODVCTA.

Quum primus ille imperii Romani ſtator AVGVSTVS adhibitis in conſilium Agrippa & Maecenate, vtrum ereptam populo libertatem reſtitueret an potius principatum tot caedibus quaeſitum in poſterum quoque tueretur, huius ſententiae ſuffragatus eſſet imperiumque ſibi retinere conſtituiſſet: de ſubſidiis dominationis quoque cogitare coepit. Nihil vero conuenientius videbatur, quam vt poteſtatem armis & militum ope partam eorumdem praeſidio quoque confirmaret, & eum in finem numeroſum ſemper aleret exercitum. Sed exhauſtum bellis ciuilibus aerarium ſtipendiis copiarum haud ſuffi-

pro ſaeculi ſui conſuetudine myriades quaeſtionum & caſuum formarunt atque diſſoluerunt.

(*b*) L. 3. C. h. t. in pr.

Digitized by Google

ſufficiebat, & ad ſumtus hoſce erogandos peculiare aerarium militare cum nouis vectigalibus inſtituendum erat. (c) Quia vero cruda adhuc ſeruitute animi libertatis vix mortuae memores grauiora non laturi videbantur onera, propoſuit Auguſtus & tamquam a Caeſare iam inuentum commendauit tributum tolerabile & heredibus extraneis tantummodo graue, vt ſcilicet hi viceſimam hereditatis & donationum ad ipſos delatarum partem aerario huic inferrent. Conſtituit, inquit DIO, τὴν εἰκοστὴν τῶν τε κλήρων καὶ τῶν δωρεῶν, ἃς ἂν οἱ τελευτῶντες τισὶ πλὴν τῶν πάνυ συγγενῶν ἢ καὶ πενήτων καταλείπωσι. (d) Et haec eſt nobiliſſima illa *hereditatum*, ſiue id mauis, *hereditatium viceſima.* Immunes fuere ab illa neceſſario *peregrini*, teſtamenti factionis quippe non participes, deinde quoque, vti DIO innuit, *pauperes & proxime agnati*, ſiue quotquot hereditas ab inteſtato debebatur, heredes puta

(c) SVETONIVS in Auguſto Cap. XXXXVIIII. DIO CASSIVS Lib. LII.

(d) Ipſa conſtitutionis verba perierunt & hic Dionis locus habetur Lib. LV. p. 565. ſq. Interea haec ſanctio non vnicum legis Iuliae de viceſima caput fuit, quum & de teſtamento aperiendo in ea fuerit actum vid. §. 3. Contra eos vero, qui vllam de hoc argumento fuiſſe legem negant, diſputare ſuperfluum eſſet, quia cauſſam illam contra eos iam peroraſſe videtur ABRAHAMVS WIELINGIVS *in Praelectionibus Iuris Lib. II. C. XXXII. p. 256. ſqq.*

Digitized by Google

puta ſui, agnati & gentiles. Ciues vero Romani locupletem *extranei* hereditatem cernentes, & mortis cauſſa donatarii viceſimam huius acceſſionis partem fiſco ſoluere iuſſi ſunt. De legatariis res ad huc aliquantum dubii habere videtur, quum tantummodo *hereditatis* viceſima apud auctores vocetur, & DIO legatariorum nullam faciat mentionem; ſed haec non tanti momenti ſunt, vt viro ſummo BVRMANNO ab his quoque viceſimam fuiſſe praeſtandam probanti meum qualecumque non adiicerem ſuffragium. (*e*) Cuius rationibus haud poenitendis & hoc accedit, quod DIO ſaepius δωρεάς pro legatis vſus eſt, vti SPANHEMIVS contra SALMASIVM, illud negantem, allatis pluribus exemplis, ſatis probatum dedit. (*f*) Quantumuis leue autem, vti ex iſtis adparet, hoc tributum fuerit, omnibus tamen adeo durum viſum eſt, vt aliquot annos perpeſſi illud detrectarent, & quiduis potius paſſuros eſſe obteſtarentur, quando Auguſtus confirmata iam poteſtate loco illius penſionem in ſingulorum domos & agros ſe deſcripturum ſimulans maioris incommodi metu perculſos commouit, vt quod modo recuſabant onus, nunc omnes vltro ſubirent.

(*e*) BVRMANNVS *de Vectigalibus populi Romani* Cap. XI. p. 162.

(*f*) SPANHEMIVS *de Orbe Rom. Exercit. II. C. 4. Conf. Salmaſ. de modo vſurarum* Cap. 19. p. 855.

rent. (*g*) A quo demum tempore volente ſenatu populoque viceſima hereditatum inter praecipua populi Romani vectigalia relata & ab auctore & latore *lex Iulia de Viceſima* nominata fuit. Et ſub Auguſto quidem ea quam expoſui illius indoles fuit ; apud ſequentes imperatores vero varia experta eſt fata, qui, prout vel ciuile iis ingenium erat vel adductius imperabant, plures a vectigali hoc viceſimario eximebant (*h*) vel eidem ſubiiciebant. (*i*) Quorum tamen diuerſas conſtitutiones, quia ad finem noſtrum non pertinent, merito praeteruehimur & in ea tantum inquirimus, quae HADRIANVS hac de re ſtatuit.

§. III.

(*g*) DIO CASSIVS L. LVI. p. 588.

(*h*) Inſignem hac in re liberalitatem imperatoris NERVAE & in primis TRAIANI praedicat PLINIVS *Panegyrico Cap. 37. ſqq.*

(*i*) Inter quos ANTONINVS CARACALLA eminet, qui, vt quam plurimum ex hoc tributo rediret & tantum non omnes eidem obnoxii eſſent, pro viceſima decumam ſubſtituit; *Collatio legum Moſaicarum & Rom. T. XVI. §. vlt. cf. Excerpta Peireſciana Dionis Caſſii p. 745.* omnes, qui in orbe Rom. erant, ciuitate donauit *l. 17. D. de ſtatu hominum. Excerpta Peireſc. l. c.* & non niſi ſuis heredibus immunitatem a viceſima indulſit *Coll. leg. Moſ. c. l.* licet SCHVLTINGIVS id in dubium vocare videatur. Omnem vero viceſimae hiſtoriam optime explicuit & fere exhauſit BVRMANNVS in opere ſupra laudato.

§. III.

DE EDICTO D. HADRIANI.

Non vna HADRIANI circa viceſimam fuiſſe videtur ſanctio. *Primum* enim ex *l. 37. D. de relig. & ſumtibus funer.*, quae ex altero ICti Macri ad legem de viceſima hereditatum libro depromta eſt, patet, eum de *modo ſumtuum funeris* conſtituendo fuiſſe occupatum, quum ICtus ibi expreſſe ad huius imperatoris edictum prouocet. Cuius quidem rei viceſimam fuiſſe cauſſam inde colligitur, quod anteceſſor ipſius TRAIANVS inter alia quoque ſumtus funeris ante ſolutionem viceſimae deduci, & quam maximos in id conferri iudulſerat (*k*) qua forte venia multi in fraudem fiſci adeo abuſi ſunt, vt cogeretur princeps definire, quem huius liberalitatis vellet eſſe modum. Sed minus haec conſtitutio ad ſcopum meum ſpectat; quum potius *altera*, quae per excellentiam *edicti D. Hadriani* nomine venire ſolet, huius loci ſit. Quum enim aerarii publici intereſſet, viceſimam ab heredibus ſcriptis quam primum praeſtari, nec vllam neceſſario huic vectigali moram fieri, edictum propoſuit, cuius tria potiſſimum fuiſſe videntur capita; vt ſcilicet primo ſtatim

(*k*) PLINIVS *in Paneg. Cap.* 40.

tim poſt mortem defuncti, *reiecta omni prohibentis adpellatione*, *teſtamentum aperiretur*, & deinde, ſi vitium viſibile abeſſet, heres in eo ſcriptus illico in *poſſeſſionem mitteretur*; cui tandem beneficio *poſt annum* praeſcriberetur. Sed quia nec hoc ad nos peruenit edictum, operae me facturum pretium ſpero, ſi leges illas, ex quibus hanc eius indolem fuiſſe cognoſcimus, expoſuero.

§. IV.

CAPVT EDICTI D. HADRIANI PRIMVM.

Referenda huc omnino eſt *l. 7. D. de adpellat. recip. vel non*, vbi Paullus ita: *Si res dilationem non recipiat, non permittitur adpellare, ne vel teſtamentum aperiatur, vt D. Hadrianus conſtituit.* cet. Pertinere hanc legem ad edictum Hadriani & vidit CVIACIVS & ipſa indicant verba, quo magis mirandum, quod Tribonianus, qui id alias egiſſe videtur, vt nullum eius in digeſtis exſtaret veſtigium, eam non cum reliquis induxerit. Statuerat iam Auguſtus in fauorem fiſci viceſimaeque illi praeſtandae, vt ſtatim mortuo teſtatore tabulae aperirentur & a praeſentibus quidem intra triduum vel quinque dies poſt obitum defuncti, ab abſentibus vero intra idem tempus poſt-

Digitized by Google

poſtquam ſuperuenerint. (*l*) Sed illis non contentus Hadrianus, ad omnia impedimenta remouenda ſolutionemque huius vectigalis tanto magis maturandam addidit, vt *adpellatio*, tamquam moratoria, reciperetur nulla. Quae áb Hadriano diſpoſita, adeo Impp. GRATIANO, VALENTINIANO & THEODOSIO probabantur, vt ea in peculiari reſcripto non modo repeterent, ſed etiam tum litigatorem, qui tam importune adpellauerit, tum iudicem,qui tam ignaue illud conceſſerit, XX. librarum auri mulcta plectendos cenſerent. (*m*)

§. V.

CAPVT EDICTI SECVNDVM ET TERTIVM.

Alterum huius edicti membrum in *Receptis* PAVLLI *ſententiis Lib. III. Tit. V. §. 14. & 17.* inuenire licet, vbi haec verba : *Siue falſum, ſiue ruptum, ſiue irritum dicatur teſtamentum, ſalua eorum diſceptatione, ſcriptus heres iure in*

(*l*) PAVLLVS *Recept. Sent. L. IV. Tit. 6. §. 3.* Computationem hanc dierum a die poſt obitum teſtatoris decimo demum incepiſſe, ex antiquitate probat B. HEINECCIVS in *Commentatorio ad legem Papiam Poppaeam pag. 376. ſq.*

(*m*) *L. 26. C. Theodoſ. Quorum adpellationes non recipiuntur.* conf. *L. vlt. C. Iuſtin. eod.*

in poſſeſſionem mitti deſiderat. In eo vero, quod nec, vt oportuit oblatum, nec publice recitatum eſt, ſcriptus heres in poſſeſſionem mitti fruſtra deſiderat. Quae quin ad edictum noſtrum pertineant, nullum eſt dubium, quum aliud remedium heredibus ſcriptis in iure datum eſſet nullum. Quodſi igitur heres ad teſtamentum prouocabat, iudicique offerebat, cuius non ſtatim pellucebat vitium, licet multa altioris indaginis ei obuerterentur, beneficio edicti D. Hadriani poſſeſſionem rerum hereditariarum, quas mortis tempore teſtator habuerat, (*n*) nanciſcebatur, ſalua tamen alteri hereditatis petitione. Neque adeo ei opus erat, vt bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas peteret, qua quidem neceſſitate VALENTINIANVS omnes omnino liberauit. (*o*) Erat nimirum *edictum Hadriani* pinguius *edicto praetoris*, quum hic, vti Vlpianus monet, (*p*) id abſciſſe exigeret, vt teſtator vtroque tempore, quum teſtamentum faceret & moreretur, teſtamenti factionem habuerit. Praetor itaque ſecundum tabulas irriti teſtamenti bonorum poſſeſſionem non dedit, (*q*) quam tamen imperatorium edictum admiſit, ſi haec

(*n*) PAVLLVS l. c. §. 18.

(*o*) *Nouella* VALENTINIANI IV.

(*p*) *L. 1. §. 8. D. de bonorum poſſeſſ. ſecund. tabulas.*

(*q*) Aduerſari his videtur VLPIANVS *Fragm. Tit. XXIII. §. 6.* ſed loquitur ibi de teſtamento ob ius ciuile ſtricte ſic dictum

Digitized by Google

haec quaeſtio altioris fuerat indaginis. Deinde quoque praetor initio nil niſi ius ſuccedendi inſtitutis dedit, & ad poſſeſſionem realem conſequendam alio adhuc opus erat remedio; imperator vero ſtatim in ipſa immittebat bona. Interea via, quam ſemel ingreſſus erat heres, ei quoque ambulanda fuit, neque initio poſſeſſionem bonorum ſecundum tabulas petenti, mox ad edictum D. Hadriani & verſa vice conuolare integrum erat; id quod THEODOSIVS imperator prohibuit, (*r*) cuius conſtitutionem etiam Iuſtinianus, eiectis tamen verbis, edictum Hadriani commemorantibus, & aliis ſubſtitutis, in codicem ſuum migrare iuſſit. Quando vero inter heredem inſtitutum & ſubſtitutum oriebatur controuerſia, prior huic praeferebatur, miſſionemque impetrabat. (*s*) Quia tandem beneficium hoc tantum heredi ſcripto & ex teſtamento publice recitato tribuitnr, illud ad nuncupatiuum non pertigiſſe patet. (*t*)

Quod

dictum irrito, quia teſtator tempore inter teſtationem & obitum medio capitis diminutionem paſſus fuerat, licet deinde ad antiquum redierit ſtatum. Vid. CVIACIVS ad hunc locum.

(*r*) *L. 7. Cod. Theodoſ. de teſtamentis & codicillis. Conf. L. 8. C. Iuſt. de Codicillis.*

(*s*) PAVLLVS *l. c. T. V. §. 15.*

(*t*) Ritum illum teſtamenta recitandi deſcribit PAVLLVS *l. c. L. IV. Tit. VI. §. 2.*

Digitized by Google

Quod autem tertio, anno elapſo, iuri huic praeſcriberetur, idem declarat PAVLLVS, qui *l. c. §. 16.* adiicit. *Scriptus heres, vt ſtatim in poſſeſſionem mittatur, iure deſiderat; Hoc poſt annum impetrare non poterit.* Quum enim totum hoc edictum non tam in gratiam heredum, quam potius fiſci compoſitum eſſet, idque imperator ageret, vt quam cito id fieri poſſet, viceſima ſolueretur, omnino eius intererat, vt anguſtum huic miſſioni praefigeret terminum, quem nemo temere ob magna poſſeſſionis commoda, quantumuis breuem, neglecturus foret. et his rationibus commotus anni ſpatium ſatis amplum exſiſtimauit.

§. VI.

QVATENVS HOC EDICTVM A IVSTINIANO ABOLITVM SIT.

Noluit autem Iuſtinianus, vt heredes diutius beneficio edicti D. Hadriani vterentur, *ſed eo penitus adquieſcere iuſſo, antiquatis ſimul iis omnibus, quae circa repletionem & interpretationem eiusdem promulgata erant*, & ſanctione noua ſubſtituta effecit, vt iam ex conſtitutione Iuſtiniani agendum, ſiue, vti in *L. c. 8. C. de codicillis* loquitur, *poſſeſſio ex more* petenda ſit. Omnium vero eorum, in quibus imperator huic edicto vel derogauit, vel obrogauit, fundamentum in ſublata hereditatum viceſima deprehendere licet, adeo vt edictum illud, quatenus antiqua-

Google

ta lege viceſimaria fieri potuit, ſaluum manſerit, & vim ſuam retinuerit; quid? quod maiora eo ipſo ceperit incrementa. Quum imperator tantum indefinite dicit, *viceſimam ſuo tempore e republica receſſiſſe*, (v) opinionibus eruditorum locum dedit, quorum alii illud GRATIANI aevo, alii ipſo IVSTINIANO imperante, alii tempore proxime ſuperiori factum eſſe coniiciunt. Gratiano illud ex AVSONII loco non niſi ſatis contorta interpretatione tribui poteſt, (x) & alteram quoque ſententiam verba Iuſtiniani allata reſpuunt. Fuit forſitan viceſima non vno quaſi ictu exſtirpata, ſed imperatores, quum alia ſufficerent tributa, eam pedetentim magis magisque remiſerunt, adeo

(v) *L. 3. C. h. t.*

(x) Hanc ALCIATI *L. III. Diſpunct. C. 6.* ex AVSONII *gratiarum actione* p. m. 549. ſq. erutam opinionem a CVIACIO & BVRMANNO repudiatam denuo adoptauit ABRAH. WIELINGIVS *l. c. p. 266.* Addidit quidem nouas rationes, nondum tamen, ſi ego quid video, rem confecit. Si enim vel maxime largiamur, tributorum nomine viceſimam ibi ſimul venire poſſe, & reliqua Romanorum vectigalia diu poſt Gratianum obtinuiſſe; 1) tamen ſuſpectum eſt, quod in tanta, quae ponitur, indulgentia, nulla viceſimae expreſſa fiat mentio, ſed 2) talis adſit deſcriptio, quae illi niſi per circuitionem tribui non poteſt; cui 3) praeſertim accedit, quod Auſonius non loquitur de abrogato in vniuerſum aliquo vectigali, ſed de condonatis tantum reſiduis tributorum, quorum documenta & cautiones conflagrauit, quod idem facere iuſſit CONSTANTINVS *L. 6. C. de iure Fiſci*.

adeo vt ſequentes tandem, quum nihil fere inde rediret eam prorſus negligerent. (y) Quodſi vero quis certum quendam huius abolitionis auctorem voluerit, ei non admodum aduerſabor, modo fateatur, illum ignorari. Hoc interea certum eſt, eam tempore Iuſtiniani non amplius in vſu fuiſſe, manentibus tamen, qui ex illa profluxerant, iuris effectibus, quos ille conſtitutione hacce ſimul eliminauit. Quando itaque omnis edicti mutatio ex abrogatione legis Iuliae manabat, neque illa praecipuum eius caput, *miſſionem ſcilicet heredis* adficiebat, retinuit illud Iuſtinianus miſſionemque de nouo confirmauit atque ſtabiliuit. Singulares vero viceſimae effectus ceſſante cauſſa ceſſare quoque iuſſit. Sic heres ex hac conſtitutione miſſus fiſco nihil pendere iubetur, ſiquidem vectigal viceſimarium e republica receſſerat. Quo ipſo, quum cura aerarii, in cuius fauorem olim tempus petendae miſſionis annale ſtatutum erat, haud amplius mouere poſſet imperatorem, fauor vltimarum voluntatum, & praeſertim heredis inſtituti praeualuit, & in poſterum miſſionem illis temporum anguſtiis coarctari noluit, ſed nullam niſi longiſſimi temporis praeſcriptionem liberaliter admiſit. (z)

CA-

(y) Tale quid etiam ſuſpicatur WISSENBACH in *Codicem h.t.*

(z) *L. 3. C. h. t.*

Capvt. II.

DE INDOLE REMEDII EX L. VLT. C. DE EDICTO D. HADRIANI TOLLENDO.

§. I.

PRINCIPIA REMEDIORVM POSSESSORIORVM.

Quemadmodum in genere ſumma eſt remediorum poſſeſſoriorum aequitas, ita quoque eadem pro illo, de quo iam acturus ſum, militat. Quando enim duo de iure hereditario litigant, iniuſtum ſane foret, alterum, cuius manifeſtius eſt ius, vsque ad euentum litis, aduerſarii temeritate & calumnia forſan motae, & aliquot luſtra duraturae, poſſeſſione & commodis bonorum ipſi debitorum defraudare. Placuit itaque, vt cauſſa poſſeſſionis praemittatur, & illi, cui praeſumtio iuris hereditarii favet, poſſeſſio hereditatis tam diu tribuatur, donec alter de iure hereditario ipſo pleniorem fidem fecerit, & quaeſtio illa principalis in iudicio deciſa fuerit. Quia autem ad conſequendam illam poſſeſſionem ius hereditarium praeſumtiuum deſideratur, neque tamen ius alicuius praeſumitur, niſi habeat cauſſam legibus probatam, cauſ-

ſa

Digitized by Google

ſa illa vero titulum conſtituit, ſequitur, vt ius hereditarium praeſumtiuum ſit illud, *quod titulo nititur probabili.*

§. II.

RATIO INTERDICTI QVORVM BONORVM.

Et haec ipſa ſunt principia, quibus praetores Romani impulſi interdictum *quorum bonorum* dederunt. Quando enim ille, cui ex iure ciuili, ob anguſtos, quibus circumſcripſerant leges ſucceſſionem, terminos, hereditatem cernere non licebat, honorario iure ad ſucceſſionem vocatus, *bonorum poſſeſſionem* coram praetore agnouerat, oriebatur inde ius hereditarium praetorium praeſumtiuum. Quia vero edictum praetorium bonorum poſſeſſori tantum *ius* perſequendi retinendiue patrimonii ſiue rei, quae defuncti, quum moreretur, fuerat, (*a*) *non vero ipſam poſſeſſionem* bonorum conferret, dedit ei deinde praetor illud adipiſcendae poſſeſſionis interdictum, quod, ſi ab origine aeſtimetur, eſt remedium iuris, quo is, cui bonorum poſſeſſio competit, realem poſſeſſionem bonorum hereditariorum tamdiu conſequitur, donec alter potius ius hereditarium

(*a*) *L. 3. §. 2. D. de bonorum poſſeſſ.*

Digitized by Google

ditarium euicerit. (*b*) Quod enim ſimulatque factum, ius praeſumtiuum cedebat iuri vero, hereditas reſtituebatur, & bonorum poſſeſſio erat ſine re.

§. III.

EIVS EXTENSIO AD HEREDEM CIVILEM.

Eadem ex ratione interdictum quorum bonorum, quo praetor initio ſuum tantummodo tuebatur heredem, motis illius antiquis terminis, ex benigna interpretatione ad eum quoque prolatum eſt, *cui ius hereditarium ciuile* praeſumtiuum competit. Sicuti enim vrgens admodum pro eo facit praeſumtio, cui ipſae leges hereditatem tribui voluerunt, ita quoque huic remedio poſſeſſorio ſuccurrere aequum erat; quapropter ius praetorium, quod ciuile non modo emendat & ſupplet, ſed etiam adiuuat, ei accommodatum eſt, adeo, vt ſi heres ciuilis, ſepoſita difficili hereditatis petitione ad remedia poſſeſſoria confugere, bonorumque poſſeſſionem adgnoſcere malebat, bonorum poſſeſſio realis illi eodem hoc interdicto tribueretur. Negarunt hoc quidem magni nominis viri, cv-

(*b*) *L. 3. C. de bonor. poſſ.*

IACIVS & DONELLVS; (*c*) ſed vincunt facile diſſentientes, (*d*) quum & verbis & rationibus legum iuuantur. Ita enim reſcribunt Augg. SEVERVS & ANTONINVS filio a patre praeterito. (*e*) *Quamuis enim bonorum poſſeſſionem vt praeteritus agnouiſſi, tamen interdicto quorum bonorum non aliter poſſeſſor conſtitui poteris, quam ſi te defuncti filium eſſe, & ad HEREDITATEM vel bonorum poſſeſſionem admiſſum probaueris.* Ex quibus ſatis patet, interdictum illud non tantum bonorum poſſeſſori, ſed et heredi, qui hic ſibi inuicem contra diſtinguuntur, competiiſſe, ſi modo, quod inde etiam conficitur, ius, quod ad hereditatem habet, probauerit, vel potius ſaltem demonſtrauerit; ſiquidem leges in hac cauſſa leuato velo & amputatis omnibus fruſtrationibus procedi iubent. (*f*) Confirmatur haec ſententia adhuc magis ex *L.* 3. *C. quor. bonor.* vbi imperatores ARCADIVS & HONORIVS maritum vxoris ſine teſtamento defunctae, ſuperſtitibus conſanguineis, pro extraneo declarant, quum ad hos ex lege pertineret ſucceſſio, & in eos per interdictum quorum bonorum

(*c*) CVIACIVS *in Paratitl. C. Quor. bonor.* DONELLVS *ad C. eod. n.* 3.

(*d*) PEREZ *ad C. quor. bonor. n* 2. BACHOV. *in* TREVTLERVM *Vol. II. Diſp.* 25. *Theſ.* 1. *L. G.*

(*e*) *L.* 1. *C. Quor. bonor.*

(*f*) *L.* 3. *C. eod.*

bonorum poſſeſſionem transferri iubent, ſeruata marito proprietatis actione ſecundaria. Quum igitur conſanguineis, quibus tamquam agnatis ex legibus XII. Tabb. hereditas debebatur, (g) & qui, ſi vlli alii, heredes ciuiles erant, interdictum quorum bonorum nihilominus tribueretur, rem extra omne dubium poſitam eſſe credo.

§. IV.

EX EO ORTVM REMEDIVM EX L. VLT. C. DE EDICTO D. HADRIANI TOLLENDO.

Iisdem fundamentis innititur remedium ex *L. vlt. C. de edicto D. Hadriani tollendo*, quod, ſi ſecundum indolem *iuris Romani* conſideras, eſt remedium iuris, vi iuris hereditarii praeſumtiui ex teſtamento ſcripto ſollemni competentis, poſſeſſionem hereditatis tamdiu conſequendi, donec lis de iure hereditario deciſa ſit. Quando igitur Iuſtiniani mentem eam fuiſſe adſero, vt heredi inſtituto in teſtamento ſcripto ſollemni ſuccurreret, ſimul mihi perſuaſum eſt, eum numquam de iis cogitaſſe, ad quos doctores hoc remedium deinde extenderunt. Heredibus

(g) *§. 1. I. de legitima agnator. ſucceſſione.* PAVLLVS *Recept. Sent. L. IV. Tit. 8. §. 3. & ibi* SCHVLTINGIVS.

bus ab inteſtato illud nullo modo ſcriptum fuiſſe; tum ex eo probari poteſt, quod edictum Hadriani, ex quo remedium Iuſtiniani profectum eſt, occaſione viceſimae & propter illam propoſitum fuerit, viceſima autem a teſtamentariis tantum heredibus, non vero ab heredibus ab inteſtato ſolueretur: (cap. 1. §. 2.) tum quoque inde ſequitur, quod miſſio in lege noſtra ex ſolo teſtamento detur. Sed praeterea quoque ex heredibus teſtamentariis illos tantum ex *L. 3.* poſſeſſionem impetrare debere, qui in teſtamento ſollemni ſcripto vocati ſunt, ſat grauia euincunt argumenta. Sic enim 1) non ſolum teſtamentum *non cancellatum* requiritur, ſed etiam inſcriptio huius tituli: *de edicto D. Hadriani tollendo, & quemadmodum ſcriptus heres in poſſeſſionem mittatur*, conſtitutionem ad ſcriptum heredem tantum reſtringit. Deinde 2) tale ponit imperator teſtamentum, quod ex quacumque ſuae formae parte non vitiatum; ſed depoſitionibus & ſubſcriptione teſtium legitimi numeri vallatum ſit, quae omnia modo in teſtamentum ſcriptum ſollemne conueniunt.

§. V.

QVOD PONIT TESTAMENTVM PERFECTVM IVDICI OSTENSVM.

Quum fundamentum huius remedii conſtituat ius hereditarium praeſumtiuum, ex teſtamento ſcripto competens,

petens, (§. antec.) nulla autem ex eo teſtamento oriatur iuris ſuccedendi praeſumtio, quod numeris ſuis abſolutum non eſt, ſequitur, eiusmodi adferendum eſſe teſtamentum, quod neque in eſſentia, neque in forma manifeſtum defectum patitur, ſiue quod, vti imperator loquitur, ex quacumque ſuae formae parte vitiatum non eſt. Oſtendere illud debet heres iudici competenti, vt ex eius ſententia & auctoritate in bona immittatur. Competentem vero hic eſſe iudicem rei ſitae, conclamatum eſt. (*b*)

§. VI.

DE VITIIS TESTAMENTI.

Quodſi autem ſiue in eſſentia, ſiue in forma teſtamenti praeſcriptus in legibus modus ſeruatus non eſt, oritur inde vitium, quod eſt defectus requiſiti, ſine quo ſucceſſio, modo in teſtamento determinato, deferri nequit. Iam vero defectus ille, quo teſtamentum laborat, vel in prima ipſius figura adparet, & manifeſtus ſtatim in oculos incurrit; vel latens adſpectui ſe ſubducit, & vlteriori diſcuſſione indagandus eſt; & inde recte vitia teſtamenti

(*b*) Vid. d. *de foro areſti priuilegiato* a conſult. STARCKIO, praeſide viro ill. WAHL diſputata: *§. 14.*

ſtamenti in viſibilia & inuiſibilia diſpeſcuntur. Vitium viſibile eſt illud, quod ex ipſa inſpectione teſtamenti innoteſcit; (*i*) inuiſibiſe vero illud, quod ex ſola tabularum inſpectione non patet. Ad detegendum igitur prius nihil aliud deſideratur, niſi adplicatio requiſitorum in iure teſtantibus praeſcriptorum ad tabulas illas, ex quibus miſſio deſideratur: quae vbi deficere ex ipſa tabularum inſpectione intelligitur, vitium viſibile eſt. Omnes vero reliqui reſpectus, qui ex ipſo teſtamento non deſumuntur, exſulare debent. Simulatque enim ex rationibus aliunde petitis vitium aliquod deducitur, illud potius pro inuiſibili habendum erit.

§. VII.

VITIA POTIORA VISIBILIA ET INVISIBILIA.

Vindicant hanc vitiorum definitionem tum natura miſſionis, aut decernendae, aut denegandae ex teſtamento; quod adeo ſolum vicem actorum, ſecundum quae iudex pronunciare debet, ſuſtinet; tum potiores illae ſpecies

(*i*) *Iuriſperitis* addit LVDOLFF *Tom. I. Obſ.* 27. qua tamen lacinia, meo iudicio, opus non eſt. Nam non niſi iudex, qui iurium peritus merito ponendus eſt, de miſſione & vitiis teſtamenti cognoſcit.

ſpecies, quas imperator de vtroque vitiorum genere exhibuit, & quae iam explicandae veniunt. Refertur inter vitia viſibilia ab imperatore, ſi teſtamentum cancellatum vel abolitum eſt; in vtroque enim caſu de mutata teſtatoris voluntate, quae hic tantum non omne fert punctum, vel plane conſtat, vel vrgentiſſima eſt praeſumtio. Continetur his ſimul omnis deletio & raſura, quatenus ſubſtantiam teſtamenti adficiunt, & mentem teſtatoris circa heredis inſtitutionem dubiam reddunt. Quoties igitur de eo oritur diſputatio, haec omnem miſſionem impedit, quae etiam tunc non procedit, ſi teſtamentum depoſitionibus teſtium legitimi numeri vallatum non eſt. Flagitaverat hoc iam olim praetor, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas daturus, (*k*) & idem voluit Iuſtinianus, comprehendens ſub depoſitionibus teſtium & ſubſcriptionem & ſignationem, quando & haec ad teſtamentorum validitatem requiritur. (*l*) In vniuerſum autem, quum imperator ex teſtamento, quod ex nulla ſuae formae parte vitiatum eſt, quodque in prima figura ſine vituperatione adparet, miſſionem tantum concedit, omiſſio vero ſollemnitatum teſtamentum ſollemne nullum reddit: (*m*) ſemper adeſt vitium viſibile, quoties earum defe-

(*k*) *§. 6. I. Quibus modis teſtamenta infirmentur. L. 12. D. de iniuſto, rupto, irrito facto teſtamento.*

(*l*) *L. 12. C. de teſtamentis.*

(*m*) *L. 23. C. de fideicommiſſis.*

Digitized by Google

defectum ipſae tabulae arguunt. Contra ea miſſionem non morantur leges, ſi teſtamentum falſum, ruptum & irritum, vel inofficioſum ſeu alio vitio ſubiectum dicatur. (n) Quum enim, quod hic ponitur, vitia illa ex ipſo adſpectu non adpareant; ſed excipiens potius probare debeat, teſtamentum eſſe confictum aut ſuppoſitum, iure deberi ſibi legitimam, ab eaque ſe inique excluſum, non habuiſſe defunctum teſtandi facultatem, vel amiſiſſe illam, haec ad vitia inuiſibilia ſunt referenda, quorum diſcuſſio vberiorem cauſſae cognitionem requirit, cuius ſtrepitum remedium noſtrum reſpuit. In eadem illa claſſe quoque collocatur, ſi quis ſe filium defuncti praeteritum alleget. (o) Sed negat ill. LEYSERVS, praeteritionem filiorum poſt *Nou. 118.* ad vitia inuiſibilia pertinere, et reſcriptum ALEXANDRI tantum ad tempora ante nouam hanc conſtitutionem reſtringit, vbi teſtamentum eam ob cauſſam non erat nullum, ſed liberi ſolummodo querelam inofficioſi mouere poterant. (p) At, quod pace tanti viri dictum ſit, haec diſtinctio rem non expedit. Querela inofficioſi & olim exheredatis tantum filiis parata erat, praeteriti vero iam ante *Nou. c.* teſta-

(n) *L. 2. C. h. t.* PAVLLVS *Recept. ſentent. L. III. Tit. V. §. 11.*

(o) *L. c. 2. C. h. t.*

(p) LEYSERVS *ad Pandectas Specimine D. Med. 21.*

teſtamentum inutile & nullum reddebant, vti leges noſtrae clare loquuntur. (q) Saluam itaque rem eſſe putaverim & praeteritionem filii & hodie ſecundum *L. 2. C. h. t.* vitium inuiſibile dixerim; ſiquidem illa ex ipſo teſtamento non patet, ſed filiatio aliunde probari debet; quod interdum factu difficillimum eſſe poteſt. Interim ſi defunctus in aliqua tabularum parte filii praeteriti mentionem fecit, vitium ſtatim euadit viſibile, quod miſſionem ſiſtit. (r) Sed nec de eo caſu loquitur lex. Eſt autem hodie ſine dubio vitium viſibile, ſi ille, cui legitima debetur, ex cauſſa in Nouella non probata exheredatus eſt; inuiſibile vero, ſi ex iuſta quidem, ſed falſa cauſa exheredatus eſt.

§. VIII.

REMEDIVM L. FIN. EST INTERDICTVM QVORVM BONORVM VTILE.

Ex iis, quae hactenus de huius legis beneficio allata ſunt, iam ſatis accurate definire licet, ad quodnam remediorum

(q) *L. 30. D. de liberis & poſtumis heredibus inſtituendis vel exhered. Princip. I. de exheredatione liberorum.*

(r) MENOCHIVS *de adipiſcenda poſſeſſ. Rem. IV. n. 729.* ARGELVS DE PALTRONIBVS *de adquirenda poſſeſſ. Quaeſt. III. Art. XVI. n. 34.* Praeiudicium habet STRYKIVS *in Vſu Mod. Tit. quor. bonor.*

Google

mediorum poſſeſſoriorum genus referendum ſit. Quum enim per illud poſſeſſio hereditatis in eum transfertur, cui ius hereditarium praeſumtiuum ex teſtamento ſcripto ſollemni competit; conſequitur, illud eſſe ſpeciem interdicti adipiſcendae poſſeſſionis, quandoquidem interdicta hodie nihil aliud niſi actiones ſummariae de poſſesſione inſtitutae ſunt. Et ſi adhuc ſtrictius eius indolem determinare velimus, re vera eſt interdictum quorum bonorum vtile, ſiue ad heredem teſtamentarium extenſum. Non adgnoſco igitur differentias illas remedii noſtri & interdicti huius, in quibus confingendis plerique commentatores ſibi placent; (s) neque tamen etiam a me impetrare poſſum, vt cum ill. LEYSERO remedium noſtrum cum bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, & conceſſo exinde interdicto prorſus pro eodem habeam, vtque adeo nihil inter vtrumque interſit, exſiſtimem. (t) Ne enim diſcrimen, ſupra (cap. 1. §. 5.) tactum, repetam, in modo procedendi a ſe inuicem diſcedunt. Praetor enim ex teſtamento a ſeptem teſtibus ſignato ob aequitatem & praeſumtam defuncti voluntatem bonorum poſſeſſionem dedit, & hanc deinde interdictum quorum bonorum ſequeba-

(s) MENOCHIVS *l. c. n. 45. ſqq.* vbi vndecim differentias collegit, quas partem admittit, partem reiicit.

(t) LEYSERVS *ſpecim. D. Med. 5.*

quebatur; ſed hoc non ob inſtitutionem in teſtamento, ſed *ob agnitam bonorum poſſeſſionem* dedit, quae ante omnia erat probanda: (v) at ex conſtitutione Iuſtinianea miſſio immediate *ex ipſo teſtamento ſcripto* decernitur. Deinde in iure noſtro nullum exſtat veſtigium, quod remedium ex *L. vlt. C. de edicto D. Had. toll.* etiam heredibus *nuncupatiuis* competierit, quibus tamen bonorum poſſeſſionem cum interdicto datam fuiſſe conſtat. (x) Neque tandem ad conſequendam bonorum poſſeſſionem per interdictum praeciſe opus erat, vt tabulae aperirentur, atque proferrentur, modo conſtaret, eas adeſſe, (y) quod contra in remedio noſtro ante omnia requiritur. Ratione limitum itaque & fundamenti agendi, ibi ex agnitione bonorum poſſeſſionis, hic vero vnice ex teſtamento petendi, differunt, quoad rem ipſam omnino conueniunt.

§. IX.

COMPETIT HEREDI EX ASSE ET EX PARTE.

Quum remedium noſtrum omnibus, qui ius hereditarium ex teſtamento ſcripto ſollemni habent, competat,

(v) *L. 1. C. quor. bonor.*

(x) *L. 8. §. 4. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabulas, L. 2. C. eodem.*

(y) *L. 1. §. 2. D. de b. poſſ. ſecundum tabulas.*

Digitized by Google

tat, ius vero hereditarium vel vniuerſale vel particulare ſit; ſequitur, illud non ſolum heredi ex aſſe, ſed etiam ex parte dari. Nam ſicuti heres particularis verus eſt heres, eique actio hereditatis petitoria datur, ita quoque merito eidem remedia poſſeſſoria hereditatem conſequendi comparata eſſe debent. Et ne quid ſupereſſet dubii, diſertis verbis Iuſtinianus in *lege finali* declarauit, *vt, ſi quis ex aſſe vel ex parte inſtitutus teſtamentum oſtenderit perfectum, in poſſeſſionem mittatur.* Conſequitur igitur poſſeſſionem bonorum, & quidem vel partis tantum pro indiviſo, ſi coheres adeſt, vel omnium, ob ius adcreſcendi, ſi coheres datus non eſt, aut illum deficere ſtatim demonſtrari poteſt.

§. X.

QVATENVS DETVR SVBSTITVTO.

Sed iam disquirendum eſt, an quoque ſubſtitutus hoc remedio vti poſſit. quod quidem omnino negandum, ſi heres ſecundus ſimul cum primo concurrit, & aduerſus hunc miſſionem deſiderat. Ius enim ipſius hereditarium conditionatum eſt,& demum deficiente inſtituto valere incipit, vt adeo, quamdiu primus ſuccedere vult & poteſt, nulla ſecundi habenda ſit ratio, id quod cum ante Iuſtinianum iuris fuit, tum ab eo expreſſe adoptatum

tum eſt. (z) Aliud vero obtinet, ſi ſubſtitutus ſuo ordine, deficiente nimirum inſtituto immitti cupit, & caſus deficientis heredis inſtituti in controuerſiam non vocatur. Tunc enim ſubſtitutus in primi locum ſuccedit, verusque eſt heres,non ſecus ac ſi ab initio vocatus eſſet, quod vel formula ſubſtitutionis : *Si ille heres non erit, hic heres eſto*, innuit. Aequum ergo erit, vt iuribus etiam veri heredis gaudeat, & ob ius hereditarium, quod ipſi ex manifeſto tabularum tenore iam competit praeſumtivum, aeque ac ille in poſſeſſionem mittatur. Quod quidem eo magis ſtatuendum videtur, quum ſubſtitutus eadem, quam de herede ſcripto imperator requirit, probatione ex teſtamento defungi queat; ſi modo conditio ſubſtitutionis, & quod heres inſtitutus deficiat, dubio caret. Nam quoties negatur, conditionem ſubſtitutionis exſiſtere, heredemque vel non poſſe vel nolle hereditatem adire, ſubſtitutus miſſionem impetrare nequit, quia tunc altiorem & talem ſuſcipere tenetur probationem, quam ex tenore teſtamenti deſumere non poteſt. Voce autem ſubſtitutus, non magis quam heres nuncupatiuus, miſſionem impetrat.

§. XI.

(z) *L. 1. C. h. t.*

§. XI.

QVANDO DETVR FIDEICOMMISSARIIS.

Si de fideicommiſſo mouetur quaeſtio, ſeparanda videtur ante omnia cauſſa fideicommiſſarii vniuerſalis & ſingularis. Quum enim imperator huius conditionem cum legatario prorſus exaequauit, atque nihil prorſus diſcriminis quoad effectum inter vtrumque ſupereſſe voluit, ſed quod deeſt legatariis repleatur ex natura fideicommiſſorum & ſi quid amplius eſt in legatis, per hoc creſcat fideicommiſſorum natura; valeat quoque de fideicommiſſario ſingulari idem, quod mox de legatariis dicturus ſum. Quantum vero ad fideicommiſſarium vniuerſalem, dicitur ille quidem naturam heredis induere, (*a*) ſed ob id ipſum, quoties ipſi in teſtamento ſcripto ſollemni hereditas fideicommiſſaria non fuerit relicta, ab hoc remedio excludendus eſt. Illi autem, qui teſtamento eiusmodi nititur, aut reſtitutio hereditatis iam facta eſt, aut non. Et hoc quidem caſu nullum ei ius in res relictas competit, neque adeo poſſeſſionem earum ſibi vindicare poteſt, ſed tantum cum fiduciario tergiuerſante, vel adire nolente, actione ex teſtamento, vel ex *Nou. 1. Cap. 1.* aget. Priori vero caſu

(*a*) *L. 40. D. famil. herciſcundae.*

Digitized by Google

ſit reſtitutio vel re ipſa, vel ob deficientem poſſeſſionem tantum verbis, per epiſtolam ſiue per nuncium ab herede facta eſt. Si illud; non opus eſt remedio adipiſcendae poſſeſſionis fideicommiſſi, quod iam tenet; (b) ſin vero hoc, aliud dicendum videtur. Ex quo enim reſtitutam fideicommiſſariam hereditatem ſuſcepit, ſtatim omnes res in bonis fiunt eius, cui reſtituta eſt, quamvis nondum realem earum poſſeſſionem conſequutus fuerit. (c) Quum itaque ex verbali hac reſtitutione fideicommiſſarius idem adquirit, quod heres ex adita hereditate vel agnita bonorum poſſeſſione, ius puta in res relictas, fruitur quoque iisdem iuris beneficiis, nihilquè impedit, quo minus ſtatuamus, heredem fideicommiſſarium vniuerſalem in teſtamento ſcripto ſollemni vocatum, poſt reſtitutionem verbalem, remedium ex *lege fin. C. de edicto D. Hadr. tollendo* ex mente imperatoris legitime vti. Verum iterum addenda eſt limitatio, ſi modo reſtitutio hereditatis indubia & extra controuerſiam poſita eſt. Negante enim aduerſario, reſtitutionem eſſe factam, deuoluitur in petitorem probatio, hereditatem reuera eſſe reſtitutam;

(b) Concedi quidem hodie etiam hoc remedium ad tuendam poſſeſſionem ſcio; ſed hic nobis tantum de adipiſcenda poſſeſſione ſermo eſt.

(c) *L. 63. pr. D. ad SCtum Trebellianum.*

Digitized by Google

ſtitutam; quae non ex ipſis tabulis peti poteſt, ſed aliunde inſtrui debet.

§. XII.

DISSENTIENTIVM ARGVMENTA EXAMINANTVR.

Quantumuis vero hoc & iuri, & rationi conuenire videatur, adeſt tamen, quae huic ſententiae intercedit, aduerſa pars, quae & ſuae cauſſae iactat argumenta. Ne ergo inaudita condemnetur, dabimus ei aduocatum & quidem GIPHANIVM, qui fideicommiſſariis ex his potiſſimum rationibus remedium noſtrum denegat; (*d*) I) quia illud heredibus tantum datum, a quibus tamen fideicommiſſarius proprie differt; II) quia viceſima celeritatem deſiderabat, & proinde per heredem fiſco citius conſulitur, quam per fideicommiſſarium, cui antequam hereditas reſtituitur, longa ſaepe interponitur mora; III) quia per totum titulum *ad SC. Trebellian.* nulla miſſionis fit mentio; IIII) quia tempore viceſimae vix nota fuerint fideicommiſſa vniuerſalia. Sunt haec quidem ſpecioſa, non tamen, vti arbitror, tanti momenti, vt eam ob rem aliter pronunciandum ſit. Primum enim differentia

(*d*) GIPHANIVS *in C. h. t. pag. 119.*

Digitized by Google

rentia illa inter fideicommiſſarium & heredem, ſtricte ſic dictum, ex mera Ictorum veterum ſubtilitate profluxit, qui fiduciarium et poſt factam realem reſtitutionem heredem manere contendebant. Interea fideicommiſſarium vniuerſalem quoad rem ipſam, vere heredis loco eſſe, nullum prorſus eſt dubium. (*e*) Alterum argumentum vnice ad tempora ante-Iuſtinianea pertinet, & ne ſic quidem nos ferit. Fideicommiſſario non aliter hoc remedium tribuimus, niſi poſt reſtitutionem verbalem, quae tunc demum locum habet, quando fiduciarius ob deficientem poſſeſſionem ad faciendam reſtitutionem realem impeditur. Poteſt igitur in illa ſpecie poſſeſſio per hoc remedium aeque cito ad fideicommiſſarium, quam ad fiduciarium transferri, & fiſco tunc non minus promte ab hoc atque ab illo ſatisfieri. Quod vero miſſionis fideicommiſſariis competentis in digeſtis mentio non fit, mirum non eſt, quum in tot de re teſtamentaria titulis, vix vnicus de ipſo herede reperiatur locus, & id data opera egiſſe videatur compilator, vt omnem edicti Hadrianei memoriam aboleret. Sufficit, quod in *L. c. 63.* fideicommiſſariis omnes fiduciarii actiones & iura, adeoque virtualiter etiam hoc remedium tribuitur. Largior tandem,

(*e*) *§. 3. I. de Fideicommiſſ.*

dem, haud frequentem vſum fideicommiſſorum tempore legis Iuliae de vicęſima fuiſſe, ſed largiatur mihi quoque GIPHANIVS, hanc ab immiſſione ex edicto differre. Debetur illa Auguſto, hoc vero latum eſt ab Hadriano, quo imperante fideicommittendi conſuetudinem quam maxime iam viguiſſe, explorati iuris eſt.

§. XIII.

LEGATARII EO NON GAVDENT.

Progredior iam ad legatarios, qui etiam ſummos iureconſultos in partes traxerunt, quorum alii ipſis remedium noſtrum vindicarunt, alii vero denegarunt. Mihi quidem vtriusque partis argumenta ex mente imperatoris examinanti, eorum rectior videtur ſententia, qui legatarios ab hoc remedio arcent. Quodſi enim vel ad antiquum Hadriani edictum reſpicimus, ex quo recentior Iuſtiniani ſanctio manauit, illud quidem legatariis fauiſſe, nullum eſt veſtigium; licet tunc grauior, ac quidem noviori tempore, id ſuadere potuiſſet ratio. Nam quum totum hoc edictum ad augendum aerarium conſcriptum eſſet, & legatarii quoque viceſimam pendere deberent: (cap. 1. §. 2.) non mirum videri poterat, ſi attenti ad rem fiſci principes miſſione hac eodem tempore & legatariis & ſibi conſuluiſſent. Sed quum illud tunc temporis non fuit factum, illos multo minus hodie, vbi & illa qua-

qualiscumque ceſſat cauſſa temere immittere licet. Accedit,quod maximum eſt, ipſa *legis 3.* conſtitutio, quae ad exemplum edicti, nulla legatarii mentione facta, heredibus vnice ſuccurrit. Nec aduerſatur,ſi quis obuertat, Iuſtinianum exploſo edicto in vniuerſum vltimae teſtatorum voluntati proſpicere voluiſſe, quoniam & tunc heredis cauſſa potior eſt, quam legatarii, nec rationes deficiunt, ex quibus oſtendi poteſt, quare & hoc reſpectu legis diſpoſitio in ſola heredis perſona ſubſtiterit. Heres enim in omnia defuncti iura ſuccedit; ille creditoribus ſatisfacere & legatariis atque fideicommiſſariis relicta reſtituere tenetur, adeoque maiorem feſtinandi cauſſam habet, plusque fauoris meretur, quam legatarius, ad quem haec omnia non pertinent. Neque tamen ideo hic habet, de quo queratur, quum ipſi plures proditae ſunt actiones, ex quibus eligere poteſt, et ſi remedium ſummarium optat, nec interdictum Saluianum ipſi, ob hypothecam in re legata conſtitutam, denegabitur. Quid? quod ill. LEYSERVS eum adeo ex moribus exſequutiue agentem audiet atque iuuabit; remedium vero ex lege noſtra, quod idem ipſi maius habenti, tamquam minus tribuere vult, illi numquam comparatum eſt. *(f)*

§. XIV.

(f) LEYSERVS *ad Pand. Spec.* *D. Med.* 7. 8. Sed ſubdubito quoque, vtrum legatarius ſecundum ius hodiernum exſequutiue

§. XIV.

IN QVASNAM RES ET ADVERSVS QVOS HERES SCRIPTVS MITTATVR.

Mittitur vero heres ſcriptus in poſſeſſionem earum rerum, quae teſtatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab aliis detinentur. (*g*) Comprehendit itaque lex, indiſtincte diſponens, res quascumque, corporales & incorporales, modo teſtatoris tempore mortis fuerint, adeoque in poſſeſſionem earum rerum, quas mortis tempore teſtator non poſſedit, heres ſcriptus priusquam iure ordinario experiatur, improbe mitti deſiderat. (*h*) Requiritur praeterea, vt nec legitimo modo ab

quutiue agere queat. Tunc enim proceſſus exſequutiuus demum locum habet, quando omnia libelli capita ex documento in continenti probari poſſunt. LEYSERVS *l. c.* Iam vero legatarius contra heredem, ad praeſtandum legatum, niſi poſt aditam hereditatem, agere non poteſt, & ſic aditionem ante omnia probare tenetur, id quod tamen ex ipſo teſtamento numquam efficere poteſt. Locus ergo tantum erit exequutiuo proceſſui, vbi heres, ſe hereditatem adiiſſe prorſus non negat, vel aditio ex inſtrumento liquido probari poteſt. Ceterum ICti Halenſes aliquando legatariis hoc remedium ob honorem vltimae voluntatis dederunt. *Conſilia. Hal. Tom. II.* Conf. TOB. REINHARTHVS *in Obſ. ad* CHRISTINAEI *deciſ. Vol. IV. obſ. 35. p. 36.*

(*g*) *L. fin. C. h. t.*

(*h*) PAVLLVS *Recept. Sentent. Lib.*

ab aliis detineantur, hoc eſt, ex iuſto titulo & legitima poſſidendi cauſſa; (*i*) neque enim contra titulo ſingulari poſſidentem hoc remedium datur. Quum porro omne huius miſſionis fundamentum in iure hereditario ex teſtamento praeſumto poſitum ſit; (§. 3.) ſequitur, miſſionem non ſolum decerni debere, ſi nemo hereditatem poſſidet, ſed etiam tunc, ſi poſſidetur quidem, ſed ab eo, qui iure nititur infirmiori. Et hunc in cenſum ſine dubio illi, qui pro poſſeſſore, vel pro herede poſſident, referendi ſunt. De priori ne dubium quidem oriri poteſt, quum nemo illum tuebitur, qui vix a praedone differt, nec vllum allegare poteſt titulum. (*k*) Sed & poſſeſſor pro herede aeque repellendus erit. Omne enim quod habet ius, ex opinione ipſius deſcendit, qua ſibi vel ab inteſtato, vel ex teſtamento ſucceſſionem deberi putat; cedit autem ius opinatum iuri, firmioribus iuris praeſumtionibus annixo, quod mittendo tantiſper competit ex vltima defuncti voluntate, quae tum ſucceſſioni ab inteſtato, tum teſtamento anteriori, quod poſſeſſori pro herede forſan fauet, derogat.

§. XV.

Lib. III. Tit. V. §. vlt. & CVIACIVS *ad h. l.* *t. n. n.*

(*i*) WISSENBACH *ad Cod. h.* (*k*) *L. 11. 12. D. de hered. petit.*

§. XV.

DE LEGITIMO CONTRADICTORE.

Sed quemadmodum miſſio in hereditatem iacentem, vel contra infirmiori iure poſſidentem ſine mora procedit, ita e contrario impeditur, ſi contradictor legitimus adeſt. Habeo & hic Ictos mecum facientes, atque diſſentientes; & tum hos tum illos prouocantes ad ſequentia legis verba: *Sin autem aliquis contradictor exſtiterit, tunc in iudicio competenti cauſſae in poſſeſſionem miſſionis & ſubſequutae contradictionis ventilentur & ei poſſeſſio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura oſtenderit.* (l) Loqui hic imperatorem de petitorio, miſſionem ſubſequenti, hereditatis ſcilicet petitione, & de poſſeſſione ibi victori adiudicanda, contendunt PEREZ & WISSENBACHIVS. (m) Sed niſi fallor, gratis haec ſumunt & reclamante ſenſu verborum, quae, quum clare de ſola poſſeſſione concepta ſunt, male ad petitorium contorquentur. Nec iuuat hanc interpretationem mentio iudicii & cauſſae cognitionis facta, quae licet tantum leuior, tamen etiam in ſummario proceſſu locum habet. Videtur imperator id potius agere, vt

(l) *L. ſaepius cit. fin. C. h. t.* WISSENBACH *ibidem n. 7.*
(m) PEREZ *ad Cod. h. t. n. 10.*

vt, quia in antecedentibus de miſſione, nullo contradicente, egerat, iam eum tractet caſum; vbi contradictor adparet, & quomodo tunc de poſſeſſione iudicandum ſit, doceat. Legitimus contradictor ille, credo, dicendus eſt, qui vi iuris, quod poſtulat, potioris alterius ius hereditarium impugnat. Quum enim alter in poſſeſſionem hereditatis immitti cupit, contradictor vero illum ab ea excludere vult, hoc non alia ratione facere poteſt, quam vbi ius ſuum ſuccedendi iuri alterius praeferendum eſſe demonſtrat. Vtriusque ergo cauſſa breuiter cognoſcenda, & cuius ius alterius iuri praecedit, ille in poſſeſſionem mittendus eſt. Quodſi ergo legitimus contradictor ius hereditarium ſuum potius oſtendere poteſt, & quidem in continenti, quod natura huius proceſſus poſtulat, actor pro herede praeſumtiuo amplius haberi nequit, nec conſequenter remedium, quod inde vnice competebat, eum iuuare poteſt. Si contra ea contradictor ex eiusmodi rationibus ius hereditarium praeſumtiuum impugnat, quae altioris indaginis ſunt, & vberiorem diſcuſſionem flagitant: reiectis illis ad petitorium, immiſſio heredis ex hoc remedio nihilominus fieri debet.

§. XVI.

Digitized by Google

§. XVI.

VERITAS TESTAMENTI ANTE OMNIA A MITTENDO PROBANDA EST.

Cauſſae ergo in poſſeſſionem miſſionis & ſubſequutae contradictionis in iudicio ventilandae, vbi heres mitti deſiderans, veritatem teſtamenti ante omnia probare debet. Conſtat autem de veritate teſtamenti ſollemnis privati, ſi teſtes ſignatores manus & ſigilla ſua recognoſcunt, (*n*) quae ſi a teſtibus non recognoſcuntur, vitium teſtamenti viſibile adeſt, & ſumma, quae contra illud oritur ſuſpicio, (*o*) omnem iuris hereditarii praeſumtionem tollit. Quae quum ad fidem faciendam neceſſaria ſint, ſimul patet, aperturam & publicationem teſtamenti, in gratiam legatariorum aliorumque, qui ſua intereſſe crediderunt, factam, pro recognitione haberi non poſſe, & ita, licet ea iam antea fuerit facta, recognitionem nihil ominus fieri debere. qua tamen opus non erit, ſi teſtamentum ex more coram iudicio, adhibitis teſtibus ad recognoſcendum, ſollemniter publicatum fuerit, vt de fide illius aliquando indubie conſtet. (*p*)

§. XVII.

(*n*) *L. 1. & 7. D. Teſtamenta quemadmodum aperiantur.*

(*o*) *L. 1. in f. D. eod.*

(*p*) SICHARDVS *ad C. quemadmodum teſtamenta aperiantur n. 5.*

§. XVII.

QVATENVS A SENTENTIA DE HOC REMEDIO ADPELLARE LICEAT.

Poſtquam iudex de poſſeſſione hereditatis pronunciauit, victus in ea ſententia adquieſcere, & ius, ſi quod habet, in petitorio proſequi debet. Ita enim Paullus *L. 7. D. de adpellat. recipiend. Si res dilationem non recipiat, non permittitur adpellare, ne vel teſtamentum aperiatur, --- neue ſcriptus heres in poſſeſſionem inducatur.* Fecit praeterea Iuſtinianus legem anteceſſorum, qui omnem adpellationem a ſententia de miſſione ex edicto D. Hadriani prohibuerunt, ſuam, & ita quoque idem in poſterum iuris eſſe voluit. (q) De iure ciuili igitur res clara, ſed de iure canonico aliud dicendum eſt. (r) Sicuti enim illud prouocationibus mirum in modum fauet, & de quibuscumque cauſſis poſſeſſoriis, atque moram non ferentibus, adpellandi licentiam con-

(q) *L. 6. C. Quorum adpellat. non recipiuntur.* quae eſt *L. 26. C. Theodoſ. eod.* ſupra cap. I. §. 4. iam excitata.

(r) Quum itaque iuris canonici auctoritas in foris noſtris praeualet, adpellatio quoque in hac cauſſa admittenda eſt, & adm iſerunt quoque Icti Helmſtadienſes, referente ill. LEYSERO *Spec. CCCCIXC.* verum ex fundamento, quod non adgnoſco. Si enim ex iure ciuili quaeſtio decidenda eſt, non poſſumus non, ob expreſſa legum cit. verba illam reiicere.

concedit, (*s*) ita quoque a ſententia de miſſione hereditaria lata,ex eius principiis adpellare licet. Sed quum adpellatio in negotiis poſſeſſoriis contra iuris ciuilis ſententiam ad effectum deuolutiuum tantum a doctoribus admittitur; ita quoque MENOCHIVS adpellationem in hoc argumento eo reſtringit, vt ſententia poſt praeſtitam cautionem tamen exſequutioni mandetur, & de illius iuſtitia vel iniuſtitia cognitio ſuperiori tantum integra maneat. (*t*)

§. XVIII.

DE PRAESCRIPTIONE HVIVS REMEDII.

Quantum ad praeſcriptionem huius remedii pertinet, olim obtinuit annalis; (cap. 1. §. 5.) quod indigne ferens imperator nullis temporum anguſtiis huiusmodi miſſionem coarctari voluit: *Siue enim poſt annale tempus, ſive poſt maioris aeui curricula aliquis fuerit miſſus, ſi tamen ex legitime formato teſtamento miſſio procedat, nullum ei temporis obſtaculum obiiciatur: niſi tantum temporis effluxerit, quod poſſit*

(*s*) *C. 11. X. de adpellat. C. 10. 15. X. de reſtitutione ſpoliatorum. Clement. vn. de cauſſa propriet. & poſſeſſ.*

(*t*) MENOCHIVS *de adipiſcenda poſſeſſ. Remed. IV. n. 828.*

Digitized by Google

poſſit vel poſſeſſori pleniſſime ſecuritatem ſuper dominio praeſtare, vel ipſi, qui miſſus eſt, omnem intentionem excludere. Si enim vel ex vna parte, vel ex vtroque latere temporis prolixitas occurrerit, manifeſtiſſimum eſt, non ſolum miſſionem, ſed etiam ipſam principalem cauſſam eſſe ſopitam. Ex quibus verbis efficitur, admiſſam tamen ab imperatore in hoc remedio eſſe praeſcriptionem, & quidem adquiſitiuam, intuitu poſſeſſoris, exſtinctiuam vero, ratione heredis ſcripti. Fruſtra igitur heres immitti cupit, quando poſſeſſor hereditatem iam viucepit; id quod tum factum eſſe dicitur, quando principalis actio praeſcripta eſt. Praeſcribitur vero hereditatis petitioni per longiſſimam triginta annorum praeſcriptionem, poſt quorum decurſum tamquam terminum peremtorium heres ſiue ad poſſeſſorium, ſiue ad petitorium prouocans, repellitur.

CAPVT. III.
DE EXTENSIONE HVIVS REMEDII IN FORO.

§. I.
NIMIA DOCTORVM IN ADPLICANDA L. FINALI FACILITAS.

Ea quae hactenus de remedio ex *lege vlt. C. de edicto D. Hadriani tollendo* dixi, indolem, quam ius Ro-

manum ipſi adſignauerat, ſiſtunt, ſed conſuetudo, doctores & forum faciem eius mirum in modum mutarunt, limites illius in immenſum protulerunt, & vbicumque aliquid vltimae voluntatis ſimile adparuit, remedium hocce impune adhibuerunt. Requiſiuit imperator teſtamentum ſcriptum atque ſollemne; admiſerunt hi quoque nuncupatiuum, & minus ſollemne. loquitur ille de tabulis priuatis; extenderunt hi etiam ad publicas. cogitauit ille ſolum de rebus in pleno dominio exſiſtentibus; explicuerunt hi etiam de feudalibus. ponit ille hereditatem teſtamentariam; produxerunt hi ad pactitiam. Quum itaque nimium quantum huius remedii creuerit poteſtas, iam de finibus imperii illius coercendis eſſe cogitandum puto. Singula itaque huius extenſionis capita, quantum vires ſuppetunt, examinare, ad ſua principia reuocare, & quatenus iuri iuriſque rationi conueniant, exponere iuuat.

§. II.

DE MVTATO PROCESSVS GENERE.

Ante omnia vero praemittendum eſſe cenſeo, ipſum procedendi modum hodie aliquantum mutatum eſſe. Procedebatur olim ſummariter, cauſſa leuiter cognita, & amputatis fruſtrationibus. Sed quum ex moribus noſtris pro-

proceſſus exſequutiuus, qui ex origine ſua tantum in inſtrumentis guarentigiatis locum habebat, in quibusuis documentis liquidis admiſſus ſit, implorationem heredis ſcripti ad impetrandam miſſionem hodie quoque ad exſequutiui proceſſus naturam accedere, teſtantur viri in rerum argumentis verſatiſſimi LEYSERVS & PVFFENDORFFIVS. (*a*) Ex quo, iure ſiue iniuria introducto more hoc inter alia ſequitur, vt, quum poſito proceſſu exſequutivo, ponenda etiam ſit inſtrumenti recognitio, huic autem iurata diffeſſio ſemper cohaereat, tum recognitio teſtamenti, tum eius iurata diffeſſio in quibusdam ſpeciebus abſciſſe admittenda ſit.

§. III.

HODIE ETIAM VITIA INVISIBILIA IN CONTINENTI PROBATA MISSIONEM IMPEDIVNT.

Praeterea quoque natura proceſſus exſequutiui fert, omnia iam expeditius agi, quam in proceſſu ſummario fieri ſolet. Quod tamen non impedit, quo minus facultas contradicendi & aduerſus miſſionem excipiendi certo modo latius producta ſit. Deduxi ſupra ex *L. 3.*, vitia viſi-

(*a*) *Ill.* LEYSERVS *ſpec. D. Med.* 7. & 8. *Illuſtr.* PVFFENDORFF. *Obſeruat. Iur. Vniuerſi Tom. II. Obſeru.* 40. §. 1.

viſibilia ſolummodo ex mente imperatoris miſſionem impedire, ſed more hodierno nec vitia *inuiſibilia*, & quae ex ipſo teſtamento non adparent, hic prorſus exſulare debere, certum eſt. Genus enim procedendi in hoc remedio proceſſum exſequutiuum imitatur; & quum in illo quaeuis exceptiones admittantur, quae in continenti tum ex eo, ex quo agitur, tum ex alio inſtrumento liquido & indubio probari poſſunt, eadem excipiendi libertas etiam ad hoc remedium prolata eſt. Reiectis igitur ſolum exceptionibus turbidis & altioris indaginis, vitia inuiſibilia promiſcue cum viſibilibus miſſionem ſiſtunt, ſi modo ex inſtrumento indubio & guarentigiato extemplo doceri poſſunt. (*b*)

SECTIO I.

QVATENVS IN VOLVNTATE VLTIMA MINVS SOLLEMNI REMEDIO NOSTRO LOCVS SIT.

§. I.

ADPLICATIO EIVSDEM AD TESTAMENTA NVNCVPATIVA IN GENERE NEGANDA.

Quae ſupra cap. II. §. 10. occupaui, ſatis indicant, legem vltimam tantummodo heredibus ſcriptis fauere;

(*b*) Confer. LEYSERVS *ad Pand. Spec. D. Med.* 10.

Digitized by Google

re; quando vero diſpoſitio eius etiam ad nuncupatiuum profertur, videamus, quo iure & modo id fieri poſſit. (c) Si itaque dicendum, quod res eſt, neque hodie heres, qui tantum nuncupatus eſt, & de cuius inſtitutione ſola teſtium depoſitio fidem facit, miſſionem per hoc remedium impetrare debet. Deficit enim probatio ex ſcriptura, quae diſerte praecepta eſt, & eam ob cauſſam ſine dubio placuit, quia inſpectio & recognitio tabularum ambagibus illis caret, ſine quibus examen & iurata teſtium depoſitio expediri nequit. Neque contrarium euincit *L. 8. pr. C. de Codicill.*, vbi, quae de miſſione in bona ſecundum *nuncupationem* dicuntur, ad bonorum poſſesſionem referenda ſunt, & ad remedium noſtrum non pertinent; (d) neque me mouent verba *L. fin.*, quod poſſeſſio illi adquiratur, qui ex legitimis modis *potiora iura* oſtenderit: (e) quia illa, niſi fallor, tum de iure heredis

(c) Quodſi forſan errare videor, dum teſtamenta nuncupatiua ad minus ſollemnia refero, ſpero tamen, parabilem huius erroris veniam fore, quia locum magis adpoſitum inuenire non potui, & quoque teſtamentum nuncupatiuum, ſi cum ſcripto ſollemni comparatur, reuera minus ſollemne eſt.

(d) Pertinere ad remedium noſtrum putat ARGELVS *de adquirenda poſſ. Quaeſt. VI. Art. I. n.* 7.

(e) Vrget haec in Tract. *de actionibus Sect. II. Cap. III. §. 6. n. f.* perilluſtris BOEHMERVS, cuius memoria mihi ſemper erit ſancta, & cui, ſicuti plurimum in iurisprudentia, ita quoque & hoc debeo, quod diſſentire auſim.

redis inſtituti, tum de concurſu heredis primi & ſecundi, tum de modis, quibus contradictor ius ſuccedendi heredis tollere, ſibique poſſeſſionem vindicare, vel eam tueri ſtudet, commodius explicari poſſunt: vt adeo mens imperatoris ſit, eum qui in teſtamento ſcripto inſtitutus eſt heres, potiora iura aduerſus contradictorem legitimum oſtendere debere. Requiritur igitur neceſſario teſtamentum ſcriptum, de quo praeſertim hodie, ſi exſequutiue agere velis, nulla prorſus oriri poteſt diſputatio.

§. II.

ADPLICATIO ILLIVS AD TESTAMENTA NVNCVPATIVA VEL ADMITTENDA VEL NEGANDA PROVT VEL A PERSONA PVBLICA VEL PRIVATA IN SCRIPTVRAM REDACTA FVERINT.

Quum vero non facile aliquis nuncupatiue teſtari ſoleat, qui non voluntatem ſuam memoriae cauſſa in ſcripturam redigendam curet; mutato iam caſu vtrum mutanda ſit ſententia, diſpiciendum erit. Manet quidem, accedente licet ſcriptura, teſtamentum nihilominus nun-

cupati-

Digitized by Google

cupatiuum, (*f*) ſed probatio, quae in priori ſpecie difficilior erat, multumque temporis flagitabat, per ſcripturam admodum iuuatur. Tota itaque huius quaeſtionis deciſio ex fide ſcripturae pendet, & inde mihi diſtinguendum videtur, vtrum illa a perſona publica, tabellione ſcilicet requiſito, an vero tantum ab vno teſtium, vel alio quodam priuato confecta ſit. Quodſi notarius nuncupatam teſtatoris voluntatem coram teſtibus excepit, illis praelegit, riteque inſtrumentum, duorum teſtium ſubſcriptione munitum, compoſuit; adeſt documentum publicum, cui pleniſſima debetur fides. (*g*) Quum itaque inſtrumento eiusmodi non minus poteſtatis tribuendum ſit, quam teſtamento priuato ſollemni, vel ſaltem inſtrumento guarentigiato, habent me illi facile conſentientem, qui miſſionem exinde decernunt. (*h*) Deneganda haec autem erit, ſi ſcriptura tantum adeſt priuata; quippe quae eam non meretur fidem, nec niſi accedente iurata teſtium depoſitione, poſt longas moras, aliquid probat, & ita in petitorio demum alicuius momenti eſſe poteſt. Eleganter totum hoc argumentum illuſtrat

(*f*) SICHARDVS *ad L. 21. §. 2. C. de teſtamentis.*

(*g*) *L. 17. C. de fide inſtrum.*

(*h*) MENOCHIVS *de adquir. poſſ. Remed. IV. n. 91. ſq.* CARPZOV. *Lib. VI. Reſp. 20. n. 2.*

Digitized by Google

ſtrat reſponſum, quod nomine inclyti Ictorum ordinis, in ipſo huius anni limine concepit illuſtris G. L. BÖHMERVS; & pro ipſius in me humanitate, numquam ſatis praedicanda, beneuole mecum communicauit. Nuncupauerat defunctus ſponſam ſuam heredem ex aſſe coram octo teſtibus, ex quibus *parochus* voluntatem hanc in chartam coniecerat, morienti omnia probanti praelegerat, & deinde reliquis teſtibus ſubſcribendam dederat. Quaerebatur itaque; 1) vtrum hoc teſtamentum validum eſſet, quum heredes ab inteſtato defectum ſollemnium in ſcriptura arguerent; 2) vtrum ſponſa etiam ex illo immiſſionem in bona hereditaria ex *L. vlt. C. de edicto D. Hadr. toll.* impetratura foret. Ad priorem quaeſtionem, valere teſtamentum, tamquam nuncupatiuum, ad alteram vero hoc modo reſponſum eſt.

Anlangend die zweyte Frage:

Ob der in gedachtem Teſtament eingeſetzten Erbin das *remedium ex L. vlt. C. de Edict. D. H. toll.* zukomme?

Obwol zur Behauptung dieſer Frage angeführet werden möchte, daß nach denen bey voriger Frage ausgeführten Gründen, das quaeſtionirte Teſtament kein vitium viſibile habe, in welchem Fall obgedachtes Remedium ſonſt ſtatt hat;

L. vlt. C. de Edict. D. Hadr. toll.

über-

überdem der ſchriftliche Aufſatz des gedachten Teſtaments von 7. Zeugen unterſchrieben, und deren Hand und Unterſchrift recognoſciret worden, und daher vim publici inſtrumenti erhalten zu haben ſcheinet; quum ſcriptura priuata a tribus teſtibus ſubſcripta pro quaſi publico inſtrumento habeatur;

L. II. C. qui potiores in pignore.

C. 2. X. de fide inſtrument.

Aus welchem ſonſt, weil es plenam fidem wirket, praeſumtio iuris hereditarii fortiſſima erwächſt, qualis deſideratur ad fundandum remedium ex *L. vlt. C. de Edict. D. H. tollendo;*

ARGELVS *de adquirenda poſſ. ex L. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll. Quaeſt. 8. art. 34. n. 51.*

Und wenn gleich zum völligen Beweiß des Inhalts des Teſtaments die eidliche Abhörung der Zeugen erforderlich ſeyn ſolte, dennoch ſolche ohne Weitläuftigkeit zu bewerkſtelligen, und auf ſolchen Beweiß die immiſſion zu erkennen ſey, quum ei in caſu contradictionis adiudicetur poſſeſſio, qui potiora ex legitimis modis iura oſtenderit;

c. l. vlt. C. de Edict. D. H. toll.

Aus welchen Gründen auch einige Rechtsgelehrte dieß Remedium bey dem teſtamento nuncupatiuo vor ſtatthaft halten:

MENOCHIVS *in Remed. adipiſcend. poſſ. n. 99.*

BÖHMER *in Tr. de Action. S. II. Tit. III. §. 6. not. f.*

D. a. u. d. 1) zu dem rechtsbeſtändigen Gebrauch dieſes remedii dieſes erfordert wird, vt heres inſtitutus competenti iudicii oſtendat teſtamentum non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacumque ſuae formae parte vitiatum, ſed quod in prima figura ſine omni vituperatione adpareat, & depoſitionibus teſtium legitimi numeri vallatum ſit.

L. c. vlt. C. de Edict. D. H. toll.

gleichwol 2) das gegenwärtige Teſtament von der Beſchaffenheit nicht iſt, daß deſſen Richtigkeit und Inhalt bey der erſten Einſicht ſofort zu erkennen; ſondern um ſolche beizubringen die eidliche und förmliche Abhörung der zugezogenen Zeugen erfordert wird, welche Erläuterung zu dem Rechtsbeſtand des beſagten Teſtaments, mithin in das petitorium gehöret; hergegen in poſſeſſorio, wo die in altiori indagine beruhente Rechtsbefugniſſe nicht in Unterſuchung kommen, nicht zuläßig iſt; und 3) von demjenigen, was bey einen teſtamento nuncupatiuo, ſuper quo inſtrumentum notarii confectum eſt, behauptet wird, auf die Art des teſtamenti nuncupatiui, als das gegenwärtige iſt, kein bündiger Schluß zu faſſen, quum non eadem ratio edicti occurrit in voluntate eius, ſuper qua teſtes denuo per iudicem iurato examinari oportet;

LYNKER *in Monit. ad* STRYCKII *Tr. de inueſt. act. for. Sect. II. memb. 3. §. 10.*

ideoque

ideoque remedium ex *c. L. fin.* non datur ex teſtamento eiusmodi nuncupatiuo;

PEREZ *ad L. vlt. C. de edict. D. H. toll.*

Woraus 4) zugleich die vorangeführte Zweifel ſich erledigen, und die bey voriger Frage angeführten Gründe bey der hereditatis petitione zuſtatten kommen, und das petitorium begründen; hergegen die geſuchte immiſſio *ex c. L. f.* ein teſtamentum in prima figura ſtatim validum zum voraus ſetzet; ferner 5) ein inſtrumentum a pluribus teſtibus ſubſcriptum erſt alsdenn vim publici inſtrumenti erhält, wenn die unterſchriebenen Zeugen behörig und eidlich vernommen worden.

BRVNNEMAN. *in Proceſſu Ciu. C. 19. n. 2.*

Als halten wir davor, daß der eingeſetzten Erbin das remedium *ex L. vlt. C. de Edict. D. H. toll.* vorkommenden Umſtänden nach nicht zuſtatten komme. V. R. W.

§. III.

QVATENVS TESTAMENTIS PRIVILEGIATIS IN VNIVERSVM HOC REMEDIVM ADCOMMODARI POSSIT.

Ponit *L. finalis* teſtamentum ſollemne; (cap. II. §. 4.) ſed iam dudum ſibi gratiam fecere huius requiſiti doctores, & vſu accedente, eam quoque ad minus ſollemnia adplicuere. Ferenda eſt, quam non exterminare poſſu-

mus, extenſio, quandoquidem fundamentum remedii, ius nempe hereditarium praeſumtiuum, adhuc immotum manet, & hic quoque ſuo modo ex teſtamento perfecto & vitio viſibili carente proficiſcitur. Permiſerunt enim iura quibusdam teſtatoribus, neglectis ſollemnibus, rite & firmiter teſtari; ergo etiam teſtamentum eorum non ſollemne eosdem effectus habere debet, quod teſtamentum aliorum ſollemne, & heredi in eo ſcripto ius ſuccedendi praeſumtiuum non minus competit, quam ſi ſollemniter ab aliis vocatus eſſet. Quum vero in ipſis teſtamentis priuilegiatis non omnia remiſſa ſunt ſollemnia, teſtator illa, quae leges retinuerunt, ſeruare debet, quia illis non ſeruatis vitium teſtamenti adeſt, ex vitioſo autem teſtamento ius hereditarium non oritur, neque conſequenter miſſio peti poteſt. Recte igitur rationes ſubducuntur, ſi hanc earum facimus ſummam: heredem, qui in teſtamento imperfecto inſtitutus eſt, miſſionem in bona hereditaria ex *L. vlt.* tunc ſolum conſequi, ſi teſtamentum illud in ſuo genere ſaltem perfectum eſt. *(i)* Scripturam praeterea etiam in priuilegiatis teſtamentis poſtulo, tum ob expreſſam *L. 3.* conſtitutionem, tum ob promtam, quae in poſſeſſorio deſideratur, probationem.

§. IV.

(i) BRVNNEMANN. *ad Cod. h. t. n. 8.*

§. IV.

DE TESTAMENTIS PARENTVM INTER LIBEROS.

Inter teſtamenta minus ſollemnia quaedam adeo privilegiata ſunt, vt, ſi modo de voluntatis certitudine conſtat, omnes reliquae ſollemnitates impune omitti poſſint. Ita enim parentibus inter liberos teſtantibus pleraſque remiſſas eſſe ſollemnitates nouimus, nec aliud quidquam requiritur, quam vt de voluntate eorum nihil dubii ſuperſit. Ad conſtituendam vero illam certitudinem parentes tabulas ipſi ſcribere, aut ad minimum iis ſubſcribere iubentur. *(k)* Quum itaque teſtamenti fides, & ſic quoque ius hereditarium ſola hac ſubſcriptione nitatur, teſtamentum inter liberos perfectum, & miſſio inde decernenda eſt, ſimulatque manum defuncti adeſſe negari nequit. Recognoſci igitur illa ante omnia debet, & contradictor ad eam recognoſcendam citandus eſt. Quia autem recognitioni natura ſua & poteſtate iuris ſemper iurata diffeſſio cohaeret: (*l*) ita quoque illi integrum eſt, manum iurato diffiteri. Si manum diffitetur; viti-

um

(*k*) *Nou. CVII. cap. 1.*

(*l*) BERGER *in Electis proceſſus exſequutiui* §. *26.*

um adeſt viſibile, atque falſitas teſtamenti in continenti probata, conſequenter miſſio heredi ſcripto deneganda eſt. Et licet alias aduerſae parti veritatem ſubſcriptionis per comparationem litterarum, teſtiumque productionem vindicare ſaluum maneat, hoc tamen in poſſeſſorio non attenditur; ſed in petitorio demum locum habet. (*m*) Praeter parentes etiam milites & ad pias cauſſas teſtantes ſollemnitatibus nullis obnoxios eſſe conſtat. (*n*) Quare in eo caſu, vbi horum vltima voluntas ſola defuncti ſubſcriptione nititur, ea quae de parentibus inter liberos teſtantibus dixi, ad illos quoque proferri volo.

§. V.

DE TESTAMENTO IVDICIALI.

Non minus illi, qui teſtamentum iudiciale condunt, externorum ſollemnium compendium facere poſſunt, quippe quorum defectum iudicis praeſentia & auctoritas ſupplet. (*o*) Eſt illud itaque perfectum, & ſuo modo

(*m*) Vid. perill. BÖHMERI *Conſultationes & deciſiones Tom. II. P. I. Reſp. DCCXX. Quaeſt. 2.*

(*n*) *Toto Tit. de teſtam. mil. Cap. 4. 11. X. de teſtamentis.*

(*o*) *L. 19. C. de teſtam.*

Digitized by Google

modo ſollemne; ſi iudicio rite inſinuatum eſt, ita quoque, ſi de legitima inſinuatione ex actis conſtat, bonorum poſſeſſio ex *lege finali* competit. Et eam ob cauſſam negat illam CARPZOVIVS, quando teſtamentum per procuratorem oblatum fuit; ſiquidem hoc ab ipſo teſtatore fieri debuiſſe contendit. *(p)* Sed ſicuti oblationem teſtamenti etiam per alium fieri poſſe tum principiis iuris conuenit, tum ex ipſa *L. 19. C. de teſtamentis* perſpicue euicit perilluſtris BOEHMERVS, *(q)* ita quoque nec hanc exceptionem immiſſionem de iure moraturam, nec CARPZOVII eiusque ſequacium diſſenſum quidquam effecturum eſſe exſiſtimo. Praeterea quum teſtamenti iudicialis vis ſola legitima inſinuatione continetur; nulla hic opus eſt manuum recognitione, neque teſtium, qui hic plane non vocantur, neque teſtatoris, cuius voluntas ex recta inſinuatione in actis notata ſatis certa eſſe debet. Ceterum in teſtamento iudiciali quoad effectum miſſionis nihil intereſt, vtrum ſcriptum an nuncupatiuum fuerit, ſiquidem protocollum iudiciale, cui plena debetur fides, teſtatur, omnia ex ordine eſſe acta.

§. VI.

(p) CARPZOV. *Lib. VI. Reſp. 19. n. 16.* *(q)* BOEHMERVS *l. c. Reſp. DCXLIII. n. 30.*

§. VI.

REMEDIVM L. VLT. EX CODICILLIS ET OB MORTIS CAVSSA DONATIONEM NON DATVR.

De reliquis minus ſollemniter teſtandi ſpeciebus nihil addam, quia quaeſtiones de iis orientes ſecundum principium §. III. praemiſſum facile componi queunt; ſed ad codicillos progredior, quum & in his inſtituto remedium legis noſtrae tribuunt CARPZOV & STRYKIVS; (*r*) ille quidem indefinite, hic vero ſub certis limitibus. Quia enim, inquit STRYKIVS, ex codicillo nemini niſi iure fideicommiſſi hereditatem capere licet, ita demum ex illo fideicommiſſarius, reſtitutione verbali facta, remedio hoc experiri poteſt. Mihi tamen hanc ſententiam ponderanti contrarium potius placet, quum diſpoſitio *L. 3. de edicto D. Hadr. toll.* prorſus ſingularis & ad heredem teſtamentarium reſtricta ſit, iura vero ſingularia ad conſequentiam trahi non debeant. (*ſ*) Neque audio, quae MENOCHIVS obuertit, (*t*) eumdem nem-

(*r*) CARPZOV *Lib. VI. Reſp. 20. n. 5.* STRYKIVS *d. de inueſtigandis actionibus ex iure hereditario ſeruitute & pignore reſultantibus §. XI.*

(*ſ*) Conf. perill. COCCEIVS *in Iure controuerſo Tit. quor. bonorum.*

(*t*) MENOCHIVS *l. c. n. 192.*

nempe in codicillis adeſſe fauorem, qui in teſtamento; dum nihil ominus vtriusque iura diuerſa manent, & imperator illa confundi noluit. (v) Idem de donatione mortis cauſſa dicendum arbitror, quando CARPZOVIVS & ob illam donatario per hoc remedium ſuccurrere amat. Quod quidem tanto minus mihi concedendum erit, quum ſupra legatariis illud negaui, mortis cauſſa donationes vero ad legatorum naturam reuocatas eſſe neminem fugit. (x) Ad ea vero, quae idem de donatione m. c. vniverſorum bonorum in Saxonia teſtamentis exaequata profert, quia ſcilicet iuris particularis ſunt, non deſcendo. Qui contrariam ſententiam defendunt auctores, ad proceſſum exſequutiuum praecipue prouocant; quo tum legatarii tum donatarii, tum fideicommiſſarii particulares recte experiri poſſunt. (y) Sed vti ego, quando hoc viris pragmaticis placet, hos omnes exſequutiue agere, facile potior, ita eis remedium *L. vlt.* quia heredes non ſunt, & teſtamento deſtituuntur, denego.

SE-

(v) *§. 2. I. de codicillis.*

(x) *§. 1. I. de donationibus. L. 15. D. de Mortis cauſſa donationibus.*

(y) LEYSER *Sp. CCCLXXXI. M. 4.* REINHARDT, *l. c.*

Sectio II.

DE ADPLICATIONE REMEDII AD TESTAMENTA PRINCIPVM IMPERII.

§. I.

ORDINES IMPERII QVA PRINCIPES TESTARI NON POSSVNT QVA PRIVATI POSSVNT.

Fuerunt quondam tempora, vbi omnia principum imperii negotia, Bartolo & Baldo iudicibus, ſecundum leges Romanas infauſto omine iudicabantur; animaduerterunt abuſum recentioris aeui ICti ſaniores, ſed ita in proſcribendo illo multi eorum egerunt, vt cum abuſu omnem ſimul vſum tollere voluerint. Quemadmodum igitur vtraque pars egregie fallitur; ita contra ea certum eſt, plerasque ordinum imperii cauſſas ex propriis quidem ſuis principiis eſſe iudicandas, ſed plura tamen quoque ſupereſſe negotia, quae ad iuris ciuilis normam omnino componi debent. Ad quae quum etiam argumentum de teſtamentis referendum eſt, (z) remedium ex *L. fin.*

(z) Vid. ill. SCHMAVSS *Compend. iuris publ. S. R. I. Lib. II. Cap. XVI. §. 23.*

Digitized by Google

L. fin. ad tabulas principum, quatenus teſtandi facultatem habent, non tam extendi, quam potius ex ipſa illius indole & natura adplicari debere arbitror. Poſſunt autem ſtatus imperii duplici modo conſiderari; tum tamquam perſonae publicae & principes, tum tamquam privati. Priori reſpectu ſunt vaſalli & omne, quod habent territorium, feudale eſt, iureque feudorum ab iis tenetur. Sed quia vaſallo omnis omnino de feudo teſtandi idque alienandi ademta eſt poteſtas; ita quoque de facultate principis imperii, de territorio & ſucceſſione, aliisque eo ſpectantibus teſtandi facultate, idem iudicium eſto. Praeterea vero princeps etiam tamquam priuatus & paterfamilias, ex reditibus conſuetis comparcendo, hereditatem capiendo, contrahendo, alioque modo multa ſibi adquirere poteſt, quorum complexus *bonorum patrimonialium* nomine venire ſolet, quae adeo in pleno ipſius dominio ſunt, vt de iis tam inter viuos libere diſponere, quam moriens valide teſtari queat.

§. II.

IN TESTAMENTIS PRINCIPVM SECVNDVM IVS COMMVNE CONDITIS REMEDIVM NOSTRVM LOCVM HABET.

Sed quum haec omnia non tamquam princeps, ſed tamquam priuatus agit, ſequitur, vt in iis etiam iure pri-

 vatorum

Digitized by Google

vatorum vtatur. Quando itaque teſtamentum valide condere vult, aeque ac priuatus iura & ſollemnia priuatis in iure praeſcripta ſeruare debet. Soluere quidem hac neceſſitate voluit principes, tamquam ſupra legum tricas & ſubtilitates forenſes longe euectos GRIEBNERVS; (*a*) verum infelici ſucceſſu. Quia enim ius Romanum ſemel apud nos receptum eſt, & ſumma imperii tribunalia ſecundum illud pronunciare iuſſa, atque praeterea quoque ſollemnitates illae Quiritium teſtamentariae in legibus imperii expreſſe adoptatae ſunt, non poſſunt non iudicia imperii teſtamentum ſollemnibus hiſce deſtitutum irritum & nullum declarare. Verum itaque eſt, principum libertatem teſtandi ad patrimonialia bona reſtrictam, & teſtamenta eorum tunc ſecundum ius commune examinanda ac iudicanda eſſe. Quo ipſo ſimul patet, remedium ex *L. vlt. C. de edict. D. Hadr. toll.* in tabulis principum non minus quam priuatorum locum habere; ſed tunc ab illis aeque ac ab his teſtamentum vitio viſibili carens & ſuo modo perfectum requiri. Vix enim monitu opus videtur, in eis caſibus, vbi priuatis minus ſollemniter teſtari licet, idem etiam principi ius eſſe debere.

§. III.

(*a*) GRIEBNERI *diſſ. de praeiudicio principum imperii ex abuſu iuris Iuſtinianei.*

Digitized by Google

§. III.

EXEMPLA MEMORABILIA ADPLICATIONIS REMEDII IN CAVSSIS ORDINVM IMPERII.

Obtinere autem ea, quae dixi, in ipſis rerum argumentis, teſtantur praeiudicia, hinc-inde apud auctores occurrentia. Pertinent huc in primis duo notatu digniſſima exempla, quae ill. MOSERVS de hoc argumento adfert. Primum ad domum Haſſiacam ſpectat, vbi Ludouicus IV. Landgrauius Marburgenſis A. 1604. ſine prole decedens teſtamentum condiderat, in quo Mauritium & Georgium, Landgrauios Haſſiae, quibus ſucceſſio debebatur, ad hereditatem totius principatus, multis acceſſionibus a ſe aucti atque amplificati, vocauit. Publicatum teſtamentum Mauritius Caſſelanus accepit; Georgius vero Darmſtadienſis declarabat, ſe illud eatenus accipere, quatenus inueſtituris imperialibus & confraternitati Haſſiacae atque Saxonicae non officeret, praeterea vero validitatem teſtamenti Auſtraegis Domus iudicandam relinquere. Ab illis autem, compoſitione amicabili fruſtra tentata, pronunciatum eſt: *vtramque partem in adſignatam hereditatis portionem ex L. vlt. C. de edicto D. Hadr.*

toll. eſſe immittendam. (*b*) Alterum exemplum ad comites Hatzfeldenſes pertinet, qui circa A. 1727. de teſtamento patris Alexandri coram iudicio imperiali aulico litigarunt. Impugnabant fratres iuniores voluntatem parentis fratri maiori potiſſimum fauentem. Citabantur itaque, vt intra certum terminum ſubſcriptionem paternam recognoſcerent, aut iurato diffiterentur; & quum tergiuerſarentur, teſtesque ſuper recognitione audiendos peterent, ſequutum eſt concluſum: manum paternam pro recognita haberi, & teſtamentum iam nullo vitio viſibili laborare videri, adeoque impetrantem, in poſſesſione, quam ex illo conſequutus eſſet, confirmandum eſſe. (*c*) Habet exemplum perill. BOEHMERVS (*d*) de teſtamento principis, quod ICti Halenſes ob neglecta iuris communis ſollemnia reiecerunt. Sententiam camerae imperialis de comitatu Chrichingenſi, vbi miſſio ex *L. 3. de edicto D. Hadr. toll*, petita & per contradictorem excluſa fuit, exhibet LVDOLFF. (*e*) Poſſeſſionem ſeruitutum iuris publici in teſtamento valido relictarum hoc remedio impetrari poſſe ſtatuit ENGELBRECHT. (*f*)

SE-

(*b*) Moſers Teutſches Staats-Recht 13. Theil S. 133. 15. Theil S. 363.

(*c*) Moſer eben daſ. 25. Theil S. 194. 13. Th. S. 288.

(*d*) BOEHMERI *Conſultat. Tom. I. Part. II. Reſp. XLIII. Them. 2.*

(*e*) LVDOLFF *Obſeruationes Forens. Tom. III. Obſ. 269.*

(*f*) ENGELBRECHT *de ſeruitutibus iuris publ. Sect. II. Memb. III. §. 24.* cuius tamen ſententiae non omnino accedo.

Sectio III.

VTRVM REMEDIVM IN HEREDITATE FEVDALI LOCVM HABEAT.

§. I.

TESTAMENTVM DE SVCCESSIONE FEVDALI INGENERE NIHIL VALET.

Feudorum ſucceſſionem ex legibus regulariter deferri, neque quidquam in ſucceſſorum praeiudicium a vaſallo fieri, aut illis ius ſuccedendi quaeſitum vllo modo interuerti poſſe, iura feudalia docent. Quae quum ita ſint, teſtandi quoque facultate vaſallus non gaudet, quae ipſi praeterea diſertis legum verbis ademta eſt. *(g)* Teſtamentum itaque de ſucceſſione feudali conditum, eſt prorſus nullum, legibusque aduerſatur, & conſequenter heredi ſcripto nullam iuris ſuccedendi praeſumtionem ad effectum immiſſionis in bona tribuere poteſt. Quo poſito STRYKII ſimul corruit opinio, qui teſtamentum vaſalli de feudo, intuitu extranei quidem nullius momenti eſſe concedit, at ſucceſſorem feudalem a defuncto vocatum

(g) 1. F. 8. princ.

Digitized by Google

catum id inde commodi percipere cenſet, vt ob tabulas citius in feudi-poſſeſſionem immittatur. (*b*) Si enim teſtamentum de feudo omnino non attenditur, neque ratione huius aliquid valere, iurique quod ex legibus habet, quidquam addere poteſt.

§. II.

FVNDI QVALITATE DVBIA MISSIO QVIDEM EX TABVLIS IN ILLVM FIT, SED NON TAMQVAM IN FEVDVM.

Largiuntur quoque ad vnum omnes in feudis propriis, vt plurimum nullum huius remedii vſum eſſe. Abſurdum enim foret, ei praeſumtionem iuris tribuere, cui ipſum ius ademtum eſt. Sed ad ſingulares quosdam caſus prouocant, vbi tamen teſtamenti de ſucceſſione feudali diſponentis eam vim eſſe credunt, vt heres in poſſeſſionem mittatur. Sunt enim, (*i*) qui eo referunt filiam in teſtamento vocatam ad ſucceſſionem fundi de cuius qualitate, vtrum feudalis ſit nec ne, non conſtat; cui miſſionem ex hoc remedio ob II. F. 26. §. 1. tribuunt. Sed

(*b*) STRYKIVS *Exam. iur. feud. Cap. XIV. §. 8.* conſ. SCHRADER *de Feudis P. VII. C. II. n. 18.*

(*i*) STEIN in diſſ. *de interpretat. L. vlt. C. h. t.*

Sed vti ego in hac viſione miſſionem in poſſeſſionem libenter concedo, ita illam ibi in feudum fieri nego. Quia enim in illa ſpecie de praedii qualitate non conſtat, in dubio autem pro libertate pronunciandum, neque factum dationis in feudum praeſumendum eſt; per ſe patet, in illa, *L. c.* propoſita quaeſtione omnino dicendum fuiſſe, praedium illud in pleno teſtatoris dominio exſtitiſſe, & ab eo ad quemcumque heredem transferri potuiſſe; donec agnati qualitatem feudalem, tamquam altioris indaginis exceptionem, in petitorio probauerint.

§. III.

FEVDI QVALITATE DVBIA MISSIO EX TESTAMENTO NON PROCEDIT.

In primis vero cum MENOCHIO *(k)* innumeri alii hunc vrgent caſum, quando qualitas feudi dubia eſt, neque vtrum femininum an maſculinum ſit, ſatis liquet. Prius enim ibi ex vitio viſibili carente teſtamento patris, filiam vnicam heredem feudalem ſcribentis praeſumendum, filiamque ex teſtamento tam diu in poſſeſſionem mittendam, ac in ea tuendam eſſe, donec in petitorio pro-

(k) MENOCHIVS *de adipiſcenda poſſeſſ. n. 376.*

probatum fuerit, ad maſculos tantum ſucceſſionem pertinere. Hanc vero doctrinam, ex ſola, quae pro teſtamento militat praeſumtione petitam, nullo prorſus niti fundamento perſuaſiſſimum mihi eſt. Praeſumtio enim iuris hereditarii ex teſtamento ad ea tantum pertinet bona, quae ſub diſpoſitione teſtatoris fuerunt, nec ad bona arbitrio illius exemta pertingit. Ratione feudorum igitur nulla ex teſtamento adeſt praeſumtio; & ſi quoque adeſſet, nullius tamen eſſet ponderis, quia collideret cum fortiori, quae ex natura & indole feudorum propria oritur; feuda ſcil. in dubio ſemper pro maſculinis eſſe habenda. (*l*) Conficitur inde quoque MEICHSNERI ſententia, qui MENOCHIO non quidem ſimpliciter ſed ſecundum quid accedit; dum quidem miſſionem in feudum illo caſu non per ſe, ſed cum vniuerſitate, ratione poſſeſſionis permittit; ſiquidem multa cum hereditate tranſeunt, quae alias non tranſirent arg. *L. 19. pr. D. de hered. petit.* (*m*) Praemiſſis enim quae praemittenda ſunt, ius nempe heredis ad hereditatem defuncti illis ſolis bonis terminari, quae in pleno teſtatoris dominio fuerunt; ſua ſponte fluit, feuda iis prorſus non contineri. Neque argumentatio de depoſito & commodato *ex L. c.* ad feuda dedu-

(*l*) *II. F. 11. II. F. 36.*

(*m*) MEICHSNER *Deciſ. Camer. T. III. Dec. 13. n. 90. ſq.*

deducta procedit. Depoſitum enim ob contractum, qui inter deponentem & depoſitarium interceſſit, ad huius heredes ſimul tranſit, atque periculum eius ad illos pertinet, quia in omnia defuncti iura & obligationes ſuccedunt, & ita deponenti ad reſtitutionem tenentur. Feudorum vero prorſus alia eſt ratio, quibuscum heredi ſcripto nihil rei eſt, & quae peculiarem ſuum habent ſucceſſorem. Ea vero ſententia, quae filiam vel alium heredem ob adprehenſam poſſeſſionem in ea ex hoc remedio tueri vult, (n) ex iis quae in fine huius diſſertationis dicturus ſum, diiudicari poterit.

§. IV.

IN TESTAMENTO DE FEVDO INTER LIBEROS SVO MODO LOCVM HABET.

Dicendum ergo fere videtur, in teſtamentis de feudis nullum prorſus remedio noſtro locum eſſe debere, quia ſucceſſio feudi in legibus determinata iam eſt, & agnati ob ius, quod eis competit, proprium, poſthabita defuncti diſpoſitione, tamen in feudo ſuccedunt. Interea ſi voluntas vaſalli vltima nihil contra ſucceſſionem legalem

(n) MENOCHIVS *l. c. n. 377.*

Digitized by Google

legalem infert, & ea heredum eſt obligatio, vt teſtatoris arbitrium agnoſcere teneantur, nihil quoque vaſallum de feudo teſtari vetat. Et quum poſitis his limitibus teſtamentum vitio viſibili non laborat, adeoque in prima forma validum eſt, nihil etiam impedit, quo minus miſſio in hereditatem feudalem decerni queat. Hoc autem tunc praeſertim contingit, quando pater inter filios, quos ſimul heredes in allodio ſcribit, de feudo teſtatur. (*o*) Secundum ius feudale Langobardicum enim his non eadem cum agnatis competit libertas, beneficium, repudiatis allodialibus adeundi (*p*) adeoque illi tamquam heredes allodiales factum defuncti praeſtare tenentur: niſi & feudum & allodium ſimul repudiare malint. Et licet ex moribus Germanicis feudum ſine allodio poſſidere queat filius, tamen ſi hoc negligere non vult, etiam diſpoſitionem paternam in feudo agnoſcere debet.

SE-

(*o*) Praeclare hoc evicit ill. G. L. BOEHMERVS in der Deduction von der Lehn-Folge des Freyherrn von Neck; quae etiam habetur in *Conſult. citatis Tom. III. P. I. p. 601.*

(*p*) *II. F. 45.*

Digitized by Google

Sectio IV.

DE EXTENSIONE REMEDII AD SVCCESSIONEM GERMANORVM PACTITIAM.

§. I.

RATIO HVIVS EXTENSIONIS.

Nulla teſtamenta apud Germanos fuiſſe, ſed eos procedente tempore demum teſtandi morem a Romanis accepiſſe; & contra ea pacta ſucceſſoria, Romanis inuiſa, apud Germanos obtinuiſſe, tralaticium eſt. Vtrumque ergo ſucceſſionem transferendi modum ex propriis ſuis principiis iudicare atque exigere aequum eſſet. Verum poſtquam ius Romanum in Germania receptum fuit, mira iuris patrii atque peregrini exorta eſt confuſio, vt non alienum videatur a iurisprudentia noſtra, iura ex moribus Germanicis competentia remediis ex legibus Romanis petitis perſequi & vindicare. Idem quoque in remedio *ex L. 3.* accidit, quod ad conſequendam hereditatem teſtamentariam datum, iam ad obtinendam poſſeſſionem

Digitized by Google

tur ius, ſiquidem Germanis ſemper fides fuit ſanctiſſima, nec vmquam a pactis recedere licitum; deinde etiam, quod promtiſſima probatio ex ſcriptura, quae intercedere ſolet, adeſt.

§. II.

ADPLICATIO REMEDII AD PACTA CONFRATERNITATIS GANERBIATVS ET FIDEICOMMISSARIA.

Frequenter admodum inter illuſtres in Germania occurrunt pacta *confraternitatis* & *Ganerbiatus*, quorum licet aliquantum diuerſa ſit ratio, in eo tamen conueniunt, quod ſucceſſio paciſcentium in eis determinetur atque promittatur. Quoties itaque illa legitime celebrata & in ſcripturam redacta ſunt, toties quoque in eo caſu, vbi alteri debetur ſucceſſio, poſſeſſio hereditatis, implorato iudicis officio, ex *L. 3. C. de edicto D. Hadr.* defertur. (*q*) Praeter illa pacta illuſtres quoque ad ſeruandum familiae ſplendorem fideicommiſſorum genus inuenerunt, a fideicommiſſis Romanorum diuerſum, & quod non per modum vltimae voluntatis, ſed conuentionis initur, vt bona poſt

(*q*) STRYK *de Succeſſione ab inteſtato Diſp. VIII. Cap. VII. §. 48. Cap. VIII. §. 22.*

poſt mortem paciſcentium ad proximum quendam transferantur. Et ex his quoque pactis, fideicommiſſario in continenti probanti, ſe ius in rebus fideicommiſſo ſuppoſitis habere, miſſio ex lege noſtra tribuitur. (r)

§. III.

ITEM AD PACTA DOTALIA ET VNIONIS.

Inter illa pacta ſucceſſoria, quae coniuges in Germania celebrare ſolent pacta dotalia eminent, quae iura coniugum non ſolum durante matrimonio, ſed etiam eo ſoluto determinare ſolent. Ex quibus quum adeo firmum ſuccedendi oritur ius, vt illud teſtamento auferri nequeat, ita quoque coniugi miſſio in hereditatem ex tabulis dotalibus conceditur. (ſ) Illas conficere olim erat neceſſitatis; (t) hodie autem, quia pacta ex ſolo conſenſu obli-

(r) KNIPSCHILD *de fideicommiſſis fam. ill. C. XIII. n. 87.*

(t) *Lex Ripuariorum Tit. XXXVII.* apud GEORGISCH *p. 162.*

Digitized by Google

obligant, iis opus non amplius videtur; in hoc caſu tamen ad obtinendam immiſſionem, vbi natura proceſſus inſtrumentum ſcriptum deſiderat, ſcripturam neceſſario requiri, arbitror. Vnio quoque prolium Germanis ſolmnis eſt, quod inter coniuges conditum pactum de aequali ſucceſſione liberorum prioris matrimonii & communium in bonis coniugum concipitur. Ex quo vniti in hereditatem eis ex pacto debitam ad inſtar *L. vlt.* immisſionem conſequuntur; hocque eo magis, quum plerumque ſcriptura intervenire ſoleat (*v*)

§. IV.

DE EXTENSIONE REMEDII AD RETINENDAM POSSESSIONEM.

Corollarii loco adhuc addam, remedium noſtrum, quod ad adipiſcendam poſſeſſionem tantum conceſſum fuit, etiam ad retinendum & confirmandam illam a doctoribus proferri. (*x*) Quando itaque vſus tyrannidem tollere non licet, eam tamen ita circumſcribendam eſſe puto vt tunc de-

(*v*) STRYK *l. c. Cap. VI. §. 23.* (*x*) MENOCHIVS *l. c. n. 348.*

demum hoc remedio confirmetur poſſeſſio, ſi ea ita eſt comparata, vt illa ſtatim ab initio ex illo occupari & impetrari potuiſſet. Explicat totam rem reſponſum ordinis ICtorum, quo diſſertationem meam exornare iuuat, ſiquidem locum hunc non dedignatus eſt illuſtris auctor, G. L. BOEHMERVS:

Die zweyte Frage anlangend:

Ob die *vitia* in dem gemeldeten Teſtament ſo beſchaffen, daß Gegentheil bey dem angemaßten Beſitz der Erbgüter nicht zu ſchützen?

Ob nun wol das remedium ex L. vlt. C. de edicto D. Hadr. toll. nicht allein pro impetranda poſſeſſione rerum hereditariarum ſtatt findet, ſondern auch ſolches dem poſſidenti ad obtinendam poſſeſſionis ſuae confirmationem zuſtatten kommt;

ARGELVS *de adquir. poſſeſſ. ex L. fin. C. de Edicto D. Hadr. toll. Quaeſt. XVI. art. 2. n. 4. ſq.*

weiter auch nicht zu zweifeln, daß dieſes beneficium einem ex teſtamento iudiciali & nuncupatiuo zuſtehe, angeſehen Gegentheil das protocollum iudiciale vor ſich hat, und was

Digitized by Google

Gegentheil bey der einmal ergriffenen poſſeſſione nicht zu ſchü-
tzen, quum heredi poſſeſſio hereditatis decernatur; quamvis teſtamentum falſum eſſe dicatur

L. 2. C. de edicto D. Hadr. toll.

hingegen die quaeſtio nullitatis in petitorio auszumachen ſeyn möchte.

D. a. u. d. 1) das commodum poſſeſſionis ex *L. 3. C. de Edicto D. H. t.* nur demjenigen zuſtatten kommt, welcher ein nach den geſetzlichen Solennitaeten errichtetes und untadelhaftes Teſtament vor ſich hat, und aus ſelbigem ſein praeſumtiuum ius hereditarium herzuleiten vermag; teſtamentum enim nulla parte formae ſuae vitiatum & in prima figura ſine omni vituperatione adparere debet,

c. L. f. C.

gleichwol aber 2) bey dem gegenwärtigen teſtamento, ſolche vitia viſibilia vorhanden, die ſo wol ex ipſa teſtamenti inſpectione in die Augen fällen; als auch durch die Zeugen Auſſagen noch mehr und in continenti ans Licht geſtellet worden, wie bey voriger Frage deducirt iſt, und daher aus dieſem vitioſo teſtamento kein ius praeſumtiuum hereditarium vor Gegentheil entſpringen, und er derowegen bey dem eigenmächtigen ergrif-

ergriffenen Beſitz der Erbſchaft nicht geſchützet werden kan, quum deſit fundamentum decernendae poſſeſſionis, quod conſiſtit in teſtamento nullo vitio viſibili laborante, & ex quo praeſumtionem grauiſſimam pro ſe adducere poſſit, quod heredibus ab inteſtato ſit praeferendus;

BOEHMER *in tr. de Action. S. II. c. III. §. 5.*
STRYK *de Caut. teſtam. Cap. VII. §. 44.*

wobey 3) dem Gegentheil der bereits ergriffene Beſitz der Erbſchaft nicht zuſtatten kommen mag; indem Quaerent, da ihm als der teſtatrici hinterlaſſenem Ehemanne die gebührende Erbſchaft entzogen worden, und derſelbe gegen das Teſtament vitia viſibilia opponirt, als legitimus contradictor anzuſehen, und daher die Verordnung des *L. vlt. C. de edict. D. H. toll.* eintrit, vt ſi aliquis legitimus contradictor extiterit, tunc in iudicio competenti cauſſae in poſſeſſionem miſſionis & ſubſequutae contradictionis ventilentur, & ei poſſeſſio adquiratur, qui *potiora* ex legitimis modis iura oſtenderit, ſiue qui miſſus eſt ſiue qui antea detinendum putavit; endlich 4) die angeführten vitia teſtamenti keinen al-

Digitized by Google

nothwendigen rechtbeſtändigen Requiſition, die dabey ermangelnde eigene Benennung eines Erben, und die bloß von eines nicht legitimirten Aduocati Fragen und darauf in der höchſten Schwachheit, bey welchen die Deputati den Verſtand aus nichts anders, als aus der faſt durchgehends ertheilten Antwort Ja annoch vermuthen können, dependirende diſpoſition, und auſſerdem auf ungeſtempelten Papier errichtete Protocollum ſofort in die Augen fallen;

Als ſind wir der rechtlichen Meynung, daß die angeführten vitia ſo beſchaffen, daß Gegentheil bey dem eigenmächtigen Beſitz der Erbſchaft nicht zu ſchützen V. R. W.

A0114718 21

VIRO

Digitized by Google